Der Kaufmannsbegriff nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Max Fink, Referendar

1910.

Buchdruckerei Julius Rosenthal
Posen.

Der Kaufmannsbegriff nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität

zu Breslau

ACAD. LUGD BAT. BIBL.

vorgelegt von

Max Fink, Referendar.

1910.

Buchdruckerei Julius Rosenthal
Posen.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern gewidmet!

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
§ 2.	Die Kaufleute kraft Gesetzes	4
§ 3.	Hat der Kommanditist Kaufmannseigenschaft?	13
§ 4.	Die Grundhandelsgeschäfte des H. G. B. (Fortsetzung)	21
§ 5.	Die Kaufleute kraft zwangsweiser Eintragung	37
§ 6.	Können Handwerker auf Grund des § 2 des H. G. B. die Kaufmannseigenschaft erlangen?	44
§ 7.	Die Kaufleute kraft freiwilliger Eintragung	51
§ 8.	Beginn und Erlöschen der Kaufmannseigenschaft kraft Gesetzes und kraft freiwilliger Eintragung	58
§ 9.	Die Scheinkaufleute	62
§ 10.	Die Staubsche Theorie von der Kaufmannsgeltung kraft Willenserklärung	71
§ 11.	Die Formkaufleute	74

Literaturverzeichnis.

1. **Abraham**, Die Kaufmannseigenschaft des Handwerkers. Inaug.-Diss. 1907. (cit. Abraham).
2. **Adamy**, Die Bedeutung der Eintragungen im Handelsregister. Rostocker Diss. 1901. (cit. Adamy).
3. **Anschütz und von Völderndorf**, Kommentar zum allgemeinen D. H. G. B. 2. Auflage, besorgt von Allfeld 1894 (cit. Anschütz).
4. **Behrend**, Lehrbuch des Handelsrechts 1896 (cit. Behrend).
5. **Behrend**, Entwurf eines Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag in Zeitschrift für Handelsrecht B. 55 S. 37.
6. **Bülow**, Der Begriff des Nebengewerbes im § 3 des H. G. B. in Holdheims Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen B. 8 S. 182.
7. **Bolze**, Im Recht 1909 S. 570 (cit. Bolze).
8. **Bowensiepen**, Der Minderkaufmann und sein Recht. Halle 1950. (cit. Bowensiepen).
9. **Cosack**, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Auflage. (cit. Cosack).
10. **Court**, Deutsche Juristenzeitung 1904 S. 213.
11. **Dernburg**, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts. 1902. (cit. Dernburg).
12. **Dove**, Die Abgrenzung zwischen Vollkaufmann und Minderkaufmann in Holdheims Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen. 1898. S. 297.
13. **Dickel**, Bemerkungen zum Entwurf des neuen H. G. B. Berlin 1897. (cit. Dickel).
14. **Düringer-Hachenburg**, Das Handelsgesetzbuch vom 18. Mai 1897. 2. Auflage. (cit. Düringer).
15. **Düringer**, Beginn und Beendigung der Kaufmannseigenschaft. Im Recht 1900. S. 140.
16. **Endemann**, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts 1881—85. (cit. Endemann).
17. **Ehrenberg**, Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister in Iherings Jahrbücher. B. 47 S. 273.
18. **Ehrenberg**, Die Bedeutung des Handelsregisters für die Verkehrssicherheit. Deutsche Wirtschaftszeitung B. 1 S. 246.
19. **Fast**, Die Rechtswirkungen der erfolgten und unterlassenen Eintragungen im Handelsregister. Inaug.-Diss., Rostock 1903 (cit. Fast).
20. **Finger**, Die Neuerungen des neuen H. G. B. bezüglich konstitutiver Firmeneintragungen. Inaug.-Diss. Freyburg 1900 (cit. Finger).
21. **Foertsch**, Kommentar zum A. D. H. G. B. von Puchelt, 4. Auflage, bearbeitet von Foertsch (cit. Puchelt).
22. **Frankenburger**, Handausgabe des H. G. B. 1902 (cit. Frankenburger).
23. **Gareis**, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 1905.
24. **Gareis**, Lehrbuch des Handelsrechts 1909.
25. **Goldmann**, Kommentar zum H. G. B. B. 1. 1901. (cit. Goldmann).

26. **Goldschmidt**, Handbuch des Handelsrechts 1874 B. 1 (cit. Goldschmidt).
27. **Göppert**, Zeitschrift für Handelsrecht. B. 47. S. 286.
28. **v. d. Goltz**, Landwirtschaft in Schönbergs Handbuch der politischen Oekonomie. B. 2 S. 1 ff. (cit. v. d. Goltz).
29. **Hagemann**, Das freiwillige Aufgeben der Kaufmannseigenschaft seitens eines Kannkaufmannes, in der Leipziger Zeitschrift für Handelsrecht 1907. S. 848.
30. **Hagen**, In Blättern für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts. 1902. S. 57.
31. **Hahn**, Kommentar zum A. D. H. G. B. 1894 (cit. Hahn).
32. **Hilse**, Die Eintragepflicht der Inhaber von Heilanstalten in das Handelsregister in der „Ärztliche Sachverständigen-Zeitung" 1901. Seite 227.
33. **Hollaender**, Die Folgen unrichtiger Eintragungen im Handelsregister. Inaug.-Diss. Posen 1909. (cit. Hollaender).
34. **Jacobi**, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des deutschen Reiches in der Abhandlung zum Privatrecht und Zivilprozess, herausgegeben von Fischer B. 8 S. 1. (cit. Jacobi).
35. **Jacobi**, Die Theorie der Willenserklärung in O. Fischer, Abhandlungen. B. 20, Heft 2.
36. **Jaeger**, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Auflage (cit. Jaeger).
37. **Kielhorn**, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten. Dissert. Göttingen, 1902 (cit. Kielhorn).
38. **Kirchgeorg**, Der Kaufmannsbegriff nach altem und neuem H. G. B. Inaug.-Diss. Göttingen 1898. (cit. Kirchgeorg).
39. **Kaufmann**, Der § 2 des neuen H. G. B. Inaug.-Diss. Halle 1906 (cit. Kaufmann).
40. **Kobylinski**, Ist der Kommanditist Kaufmann? Diss. Leipzig 1909. (cit. Kobylinski).
41. **Kukuk-Rottweil**, In Holdheims Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen 1904, S. 124, zur Auslegung des § 4 Abs. 1 H. G. B. und Vorschlag zu seiner Aenderung.
42. **Laband**, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 4. Aufl. (cit. Laband).
43. **Landmann**, Gewerbeordnung 1907. (cit. Landmann).
44. **Lastig**, Entwicklungswege und Quellen des Handelsrechts. 1874.
45. **Lastig**, Der Gewerbetreibenden Eintragung zum Handelsregister und Beitragspflicht zur Handelskammer und Handwerkskammer Halle 1903 (cit. Lastig)
46. **Lehmann**, Zeitschrift für Handelsrecht. B. 54 S. 396.
47. **Lehmann-Ring**, Kommentar zum H. G. B. 1901/02 (cit. Lehmann-Ring).
48 **Lührs**, Die Folgen der falschen Eintragung in das Handelsregister. Inaug.-Diss. Leipzig 1898 (cit. Lührs).
49. **Maeder**, Der § 3 des neuen H. G. B. Inaug.-Diss. Rostock. (cit. Maeder).
50. **Makower**, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Auflage. (cit. Makower).
51. **Markus**, Die Betreibung der Eintragung Gewerbetreibender seitens der Handelsorgane in Holdheims Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen. B. 12 S. 296.
52. **Markus**, Die Eintragungspflicht der Aerzte in das Handelsregister. Recht, B. 8 (cit. Markus).
53. **Mayer, Bruno**, Das sog. Publizitäts-Prinzip im österreichischen Handelsrecht. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. S. 244 ff. und 249 ff. B. 32 (cit. Mayer.

54. **Meyer, Herbert,** Das Publizitätsprinzip im Deutschen bürgerlichen Recht in O. Fischers Abhandlungen B. 20 Heft 2. (cit. Meyer).
55. **Munk,** Zur Kritik des Entwurfes eines Handelsgesetzbuches in Gruchot B. 40 S. 697 ff.
56. **Neukamp,** Der Minderkaufmann in „Recht" 1910 S. 146 ff.
57. **Neukamp,** In Holdheims Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen. B. 11 S. 244.
58. **Neumann,** Die berufliche Stellung der Aerzte, Berlin 1904 (cit. Neumann).
59. **Opet,** In Holdheims Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen. B. 8 S. 185.
60. **Pappenheim,** Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten in der Festgabe der Kieler Jurist. Fakultät für Albert Hänel. Kiel 1907. (cit. Pappenheim).
61. **Pappenheim,** In Leipziger Zeitschrift S. 1 ff.
62. **Pruggmayer,** Die Begriffe „Handelsgeschäft und Kaufmann" nach altem und neuem Recht. Inaug.-Diss. Leipzig 1905 (cit. Pruggmayer).
63. **Ritter,** Das landwirtschaftliche Nebengewerbe im Archiv für bürgerliches Recht B. 20 S. 299.
64. **Ritter,** Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts, Berlin 1900.
65 **Ritter,** Kommentar zum H. G. B. 1910 (cit. Ritter).
66. **Richter,** Voraussetzungen des Kaufmannsbegriffes. Inaug.-Diss. Breslau 1895 (cit. Richter).
67. **Seligmann,** Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten. Diss. Göttingen 1896 (cit. Seligmann).
68. **Simon,** Die Bilanzen der Aktiengesellschaften. 2. Auflage.
69. **Silbernagel,** Die Kaufmannseigenschaft der juristischen Personen in Holdheims Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen. B. 16 Seite 213.
70 **Schirrmeister,** Der Kaufmannsbegriff nach deutschem Handelsrecht in Zeitschrift für Handelsrecht B. 48 S. 418 ff.
71. **Sohm,** In der Leipziger Zeitschrift, Jahrgang 1909 S. 594. (cit. Sohm).
72. **Staub,** Kommentar zum H. G. B. 1906, 1907 (cit. Staub).
73. **Staub,** Der Vollkaufmann und Minderkaufmann nach dem neuen H. G. B. in der Deutschen Juristen-Zeitung 1898. S. 42.
74. **Staub,** Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines H. G. B.
75. **Tomalla,** In Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht B. 63 S. 43. (cit. Tomalla).
76. **Uth,** Die rechtliche Bedeutung der Vorschrift des § 5 H. G. B. in „Recht" B. 12 S. 587.
77. **Ullmann,** In der Leipziger Zeitschrift 1907 S. 471 ff. und S. 561 ff. (cit. Ullmann).
78. **Winter,** Die Gewinnabsicht als ein wesentliches Merkmal des Begriffes „Handelsgeschäft" Inaug.-Diss. Breslau 1894 (cit. Winter).
79. **Willspacher,** Das Vertrauen auf äussere Tatbestände. Wien 1896. (cit. Wellspacher).
80. **Yelin,** Der Begriff des Kaufmannes nach dem H. G. B. Inaug.-Diss. Tübingen 1903 (cit. Yelin).

§ 1.

Einleitung.

Der Kaufmannsbegriff hat in ständiger Entwickelung immer mehr an Ausdehnung gewonnen. Ursprünglich galten nur solche Personen als Kaufleute, die dem Handel im eigentlichen Sinne oblagen, d. h. deren Erwerbstätigkeit der Vermittelung des Güterumsatzes zwischen den Produzenten und Konsumenten diente. Auf diesem Standpunkt stand noch das kanonische Recht, das den Kaufmannsbegriff folgendermaßen definierte:

„Quicunque rem comparat, non ut ipsam rem integram et immutatam vendat, sed ut materia sibi set inde aliquid operandi, ille non est negoliator; qui autem comparat rem, ut illam ipsam integram et immutatam dando lucretur, ille est mercator.“[1])

Neben dem eigentlichen Warenhandel wurden schon frühzeitig die Handelsgeschäfte der Bankiers und Geldwechsler, die ebenfalls ihren Geschäftsbetrieb nach kaufmännischen Gesichtspunkten führten, dem Handelsrecht unterstellt.

Die Bankiers und Geldwechsler erkannte schon das römische Recht als Kaufleute an.[2])

Das A.L.G. sah diejenigen Personen als Kaufleute an, die den Handel mit Waren oder Wechseln als ihr Hauptgeschäft betrieben.[3])

Den Handwerkern wurde die Kaufmannseigenschaft strikte versagt. Den „Fabrikanten“ billigte der Gesetzgeber nur die „kaufmännischen Rechte“ zu, § 484, versagte ihnen aber die Kaufmannseigenschaft, indem er zwar die engen Beziehungen derselben zu dem eigentlichen Handel anerkannte, sie aber, als diesem zugehörig, nicht betrachtete.[4])

---

[1]) Vgl. C. 11 § 2 D. 88
[2]) Goldschmidt S. 419.
[3]) A. L. G II 8 § 475.
[4]) Winter S. 9

Mit der Entwickelung des Handels und der Vervollkommnung seiner Organisation entstanden zahlreiche Hilfsgewerbe desselben, die der Förderung des eigentlichen Handels dienten. Zu diesen Hilfsgeschäften des eigentlichen Handels zählt beispielsweise das Agentur-, das Mäkler- und das Transportgeschäft. Das A. D. H. G. B. erkannte außer zahlreichen Hilfsgeschäften auch die Erwerbstätigkeit der Produzenten als dem Handel angehörig an. Letztere aber nur insoweit, als sie an bereits im Verkehr befindlichen Gegenständen Veränderungen vornahm.

Noch Goldschmidt[1]) hielt es für sehr bedenklich, die Geschäfte der Produzenten als kaufmännische zu behandeln. Auch der Handel mit Immobilien wurde von der Herrschaft des Handelsrechts eximiert. Man nahm an, daß die Bestimmungen desselben dem Immobilienverkehr widerstrebten.[2])

Das A. D. H. G. B. hat die Geschäfte, deren gewerbsmäßiger Betrieb den Unternehmer zum Kaufmann machte, in den Art. 272 und 273 aufgezählt. Das neue H. G. B. hat diese Gruppe von Kaufleuten, die, weil ihre Kaufmannseigenschaft sich unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, vielfach Kaufleute kraft Gesetzes genannt werden, in den § 1 übernommen. Den Gegensatz zu den Kaufleuten kraft Gesetzes bilden die sogenannten Formkaufleute, die der Gesetzgeber durch das Genossenschaftsgesetz vom Jahre 1868 in das Handelsrecht eingeführt hat. Bei den Formkaufleuten ist die Kaufmannseigenschaft von dem Begriff des Handels- und Gewerbes losgelöst[3]) und lediglich von der Erfüllung gewisser formeller Erfordernisse, Eintragung in das Handelsregister und Vorhandensein einer vom Gesetze vorgeschriebenen Organisation abhängig gemacht. Zu den Formkaufleuten gehören nur Gesellschaften und zwar die Aktiengesellschaften, die Kommanditgesellschaften auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. In der Mitte zwischen den Kaufleuten kraft Gesetzes und den Formkaufleuten stehen die Kaufleute auf Grund der §§ 2 und 3, eine wichtige Neuschöpfung des geltenden H. G. B. Sie ähneln insofern den Formkaufleuten, als Voraussetzug der Kaufmanns-

[1]) S. 429.
[2]) Vergl. Goldschmidt a. a. O.
[3]) Vgl. Schirrmeister B. 49 S. 45.

eigenschaft bei beiden Gruppen Erfüllung eines formellen Erfordernisses, nämlich die Eintragung der Firma in das Handelsregister ist. Andererseits haben auch die Kaufleute auf Grund der §§ 2 und 3 Ähnlichkeit mit den Kaufleuten kraft Gesetzes, da auch sie wie jene ein Gewerbe betreiben. Die Gewerbetreibenden gemäß §§ 2 und 3 H.G.B., die Cosack Kaufleute kraft Eintragung nennt, teilt der Gesetzgeber in zwei Gruppen, von denen die eine zur Eintragung der Firma verpflichtet ist, (Kaufleute kraft zwangsweiser Eintragung), während der anderen die Eintragung in das Handelsregister freigestellt ist. (Kaufleute kraft freiwilliger Eintragung.)[1]

Bei den Kaufleuten kraft Eintragung hat der Gesetzgeber der veränderten Verkehrsauffassung Rechnung getragen, die als Kaufleute nicht nur diejenigen Personen ansieht, die gewissen Arten von Erwerbstätigkeiten nachgehen, sondern überhaupt alle diejenigen Gewerbetreibenden, deren Unternehmungen in großem Maßstabe betrieben werden.[2]

Im Interesse größerer Rechtssicherheit hat das neue H. G. B. allen denjenigen Gewerbetreibenden, deren Firma in das Handelsregister eingetragen ist, Kaufmannsstellung verliehen, und zwar auch dann, wenn die gesetzlichen Erfordernisse der Eintragung in das Handelsregister nicht erfüllt sind, die Eintragung also eine unrechtmäßige ist. Diese Gruppe von Kaufleuten werden häufig Scheinkaufleute genannt.

Man kann hiernach vier Gruppen von Kaufleuten unterscheiden:

1. Kaufleute kraft Gesetzes,
2. Kaufleute kraft Eintragung und zwar kraft freiwilliger Eintragung und kraft zwangsweiser Eintragung,
3. Scheinkaufleute,
4. Formkaufleute.

---

[1]) Vgl. Schirrmeister a. a. O. S. 441.

[2]) Die Kaufleute kraft Gesetzes werden auch Musskaufleute, die Kaufleute kraft zwangsweiser Eintragung Sollkaufleute, die Kaufleute kraft freiwilliger Eintragung Kannkaufleute genannt. Diese Bezeichnungen rühren von Simon her Vgl. Makower und Simon, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfes eines H. G. B 1896 S. 27.

Der Ausdruck „Formkaufleute" rührt von Gierke her vgl. Gierke Entwurf des neuen H. G B. S. 78.

§ 2.

Kaufleute kraft Gesetzes.

Kaufmann ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Auf dem Begriff des Handelsgewerbes beruht nach dem geltenden H. G. B. die Kaufmannseigenschaft, während das A. D. H. G. B. bei der Bestimmung des Kaufmannsbegriffes von den Handelsgeschäften ausgeht. Der verschiedene Ausgangspunkt des A.D.H.G.B. und des H. G.B. erklärt sich daraus, daß nunmehr für die Kaufmannseigenschaft nicht allein der Gegenstand des Gewerbes von Bedeutung ist, sondern auch die Betriebsweise.

Kaufleute kraft Gesetzes sind solche Personen, welche gewerbsmäßig Grundhandelsgeschäfte in eigenem Namen abschließen.

I. Der Abschluß von Grundhandelsgeschäften macht also nur dann zum Kaufmann, wenn er gewerbsmässig erfolgt. Das H. G. B. hat eine gesetzliche Definition des Begriffes „Gewerbe“ nicht gegeben. Man nahm schon bei der Abfassung des A. D. H. G. B. an, daß der Begriff genügend bekannt und eine gesetzliche Definition desselben daher überflüssig wäre.[1])

Der Begriff Gewerbe ist für zahlreiche Gesetze von Bedeutung, die ihn jedoch meistens in einem anderen Sinne als das H. G. B. anwenden.

So ist z. B. nach der Gewerbeordnung, anders wie im H. G. B., die Gewinnung roher Naturerzeugnisse nicht gewerblicher Natur,[2]) während die Tätigkeit des Arztes im Sinne der Gewerbeordnung nach der herrschenden Auffassung als eine gewerbliche gilt.

Nach dem H. G. B. ist gewerbsmäßig diejenige Tätigkeit, die auf Erzielung einer dauernden Erwerbsquelle gerichtet ist, nach außen als solche hervortritt und nicht wissenschaftlicher oder künstlerischer Natur ist.[3])

---

[1]) Vgl. Protokoll S. 1306.
[2]) Vgl. Landmann S. 44.
[3]) Vgl. Dürringer Hachenburg S. 103, Goldschmidt S. 454.

1) Die Tätigkeit muß unmittelbar zum Zwecke der Gewinnerzielung vorgenommen werden. Die gewerbsmäßige Absicht fehlt, wenn lediglich die Betriebskosten gedeckt werden sollen oder das Unternehmen lediglich zur Minderung von Ausgaben dient. Ausstellungsunternehmungen sind, wenn die Einnahmen lediglich zur Deckung der Kosten bestimmt sind, keine gewerbsmäßige Veranstaltung.[1] Auch Konsumvereinen, die Waren einkaufen, und die zu möglichst billigen Preisen an ihre Mitglieder weiter veräußern, fehlt die Erwerbsabsicht. Diese liegt auch dann nicht vor, wenn von den Konsumvereinen tatsächlich Überschüsse erzielt werden, die dann unter den Mitgliedern nach dem Verhältnis der gezahlten Kaufpreise zur Verteilung gelangen. Die Verteilung des Überschusses stellt sich lediglich als eine nachträgliche Feststellung des richtigen Preises dar. Veräußern aber Konsumvereine auch an Nichtmitglieder Waren, so sind sie Kaufleute. Dasselbe gilt, wenn sie die Form von (Aktiengesellschaften) eingetragenen Genossenschaften annehmen.[2] Belanglos ist es für den Begriff „Gewerbe“,[3] wem der Gewinn des Unternehmens zu gute kommt. Der Betrieb kann ja auch dann gewerbsmäßig erfolgen, wenn eine uneigennützige Verwendung des erzielten Gewinnes stattfindet, insbesondere der Förderung humanitärer, künstlerischer oder wissenschaftlicher Zwecke dient.[4]

Auch der Staat, Gemeinden und andere Korporationen können ein Gewerbe betreiben. Dies ergibt sich grundsätzlich aus § 36 H. G. B., nach welchem der Staat sogar ein Handelsgewerbe betreiben kann. Häufig wird aber bei Unternehmungen des Staates die Erwerbsabsicht vollkommen hinter die Erfüllung staatlicher Aufgaben zurücktreten, in diesen Fällen liegt ein Gewerbe nicht vor, z. B. ist in der Beschäftigung von Strafgefangenen mit gewerblichen Arbeiten durch den Staat ein Gewerbe nicht zu erblicken.[5] Dagegen wurde schon unter dem A.D.H.G.B. mit Recht gegen Goldschmidt[6] allgemein angenommen, daß auch die Staatseisenbahnen und Postverwaltungen

---

[1]) Vgl. Landmann a. a. O.
[2]) Vgl. Silberschmidt in Holdheim 1907 S. 217.
[3]) Landmann S. 39, Entscheidung des K. G. in Jahrb. 21A. S. 75, Entscheid des R. G. St 5, 112.
[4]) Vgl. Silberschmidt a. a. O. S. 215.
[5]) Vgl. Landmann S. 35.
[6]) Vgl. Goldschmidt S. 461, Anm. 20.

ein Gewerbe betreiben.[1]) Dienen auch diese Unternehmungen vorwiegend den Interessen des öffentlichen Wohles, so spielt doch bei ihnen das Streben nach möglichst hohen Ueberschüssen eine erhebliche Rolle. Daß der erzielte Gewinn nicht als Finanzvermögen aufgespart, sondern zur Deckung staatlicher Bedürfnisse verwandt wird, ist unerheblich, da die Art der Verwendung des Gewinnes für den Begriff „Gewerbe" ohne Bedeutung ist.

Neucamp und Cosack[2]) verneinen das Moment der Gewerbsmäßigkeit, weil der Betrieb der Staatseisenbahn zu den verfassungsmäßigen Obliegenheiten des Staates gehöre, auf dem öffentlichen Recht beruhe und deswegen nicht dem Erwerbe diene. Indessen, wenn auch der Betrieb der Staatseisenbahn durch das öffentliche Recht angeordnet ist, so bestimmt dieses doch nicht, in welcher Weise der Betrieb geführt werden soll. Die genannten Unternehmungen können daher vom Gesichtspunkte möglichst großer Rentabilität geleitet werden. Geschieht dies, werden bei dem Betrieb der Staatseisenbahnen und Posten neben rein staatlichen Zwecken möglichst große Überschüsse erstrebt, so sind die Voraussetzungen des Gewerbes gegeben. Der Umstand, daß für den Staat eine öffentlichrechtliche Pflicht zum Betrieb von Eisenbahnen besteht, kann nicht für den mit diesen Unternehmungen verfolgten Zweck von Einfluß sein, dieser kann trotz Bestehens der genannten öffentlich - rechtlichen Bestimmungen auch finanzieller Natur sein. Ebensowenig, wie dadurch, daß durch Vorschriften des öffentlichen Rechts die Befugnis zum Gewerbebetrieb ausgeschlossen ist, der gewerbliche Charakter desselben in Frage gestellt wird (vgl. § 7 H. G. B.) kann dadurch, daß nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts eine Verpflichtung zur Führung eines Gewerbebetriebes besteht, die Gewerbsmäßigkeit des Unternehmens in Frage gestellt werden. Neucamp meint, daß, wenn man die Staatseisenbahnen für handelsgewerbliche Unternehmungen erachtet, man folgerichtig die Beamten der Staatseisenbahn als Handlungsgehilfen ansehen müsse, auf welche die zwingenden Vorschriften des H. G. B. aus dem Abschnitt über die Handlungsgehilfen Anwendung fänden. Aber auch dieser Einwand ist unzutreffend. Der Staat hat es in der Hand, eine Person als Beamten anzustellen,

[1]) Vgl. Behrend S. 95, Anm. 9. Thoell, § 30. Anschütz-Völdersdorf S. 40
[2]) Vgl. Neucamp in Holdheim B, XI S. 244. Cosack S. 30.

oder mit ihr einen Dienstvertrag abzuschließen. Der Beamte wird dadurch, daß er kaufmännische Dienste leistet, nicht zum Handlungsgehilfen. Auf das Beamtenverhältnis finden daher auch die zwingenden Vorschriften aus dem Dienstvertrag nicht Anwendung.[1])

Die Ansicht, daß für den Begriff „Gewerbe" die Erwerbsabsicht nicht erforderlich ist, wird für das neue H. G. B. kaum vertreten. Für das A. D. H. G. B. war Hahn[2]) dieser Meinung, dem im Wesentlichen Priber[3]) beistimmt. Hahn führt zur Begründung seiner Ansicht eine größere Anzahl von Beispielen an, von denen er angibt, daß trotz Fehlens der Erwerbsabsicht nicht leicht jemand die Kaufmannseigenschaft des Unternehmers bestreiten wird. In Wirklichkeit fehlt aber bei einigen der von Hahn angeführten Beispiele überhaupt nicht die Erwerbsabsicht.[4]) In den anderen von ihm angegebenen Beispielen, wo tatsächlich die Erwerbsabsicht nicht vorliegt, ist, und zwar in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung, der gewerbliche Charakter des Unternehmers zu verneinen.

2) Die Tätigkeit muß für längere Zeit geplant sein. Es muß die Absicht bestehen, einen ganzen Komplex von Geschäften vorzunehmen. Der Wille, Geschäfte bestimmter Art abzuschließen, darf nicht erst durch eine günstige Gelegenheit hervorgerufen werden, sondern muß von vornherein bestehen. Nicht erforderlich ist, daß die in Aussicht genommenen Geschäfte tatsächlich in größerer Anzahl abgeschlossen werden, da der Begriff der Gewerbsmäßigkeit einen inneren Zustand bezeichnet, der von dem äußeren Verlauf der Dinge unabhängig ist. Allerdings wird die Häufigkeit der abgeschlossenen Geschäfte einen Rückschluß dafür gestatten, daß die Abschlüsse von Geschäften nicht nur gelegentlich erfolgt sind.

Die Frage, ob zum Begriffe der Gewerbsmäßigkeit die Absicht des Unternehmers gehört, eine bestimmte Art von Geschäften vorzunehmen, war unter dem A.D.H.G.B.

---

[1]) Vgl. Staub § 36 Anm. 11. Andere Ansicht Laband D. J. Z. 1898 S. 494.
[2]) Vgl. Hahn, B 1 S. 23, B. 2 S. 17.
[3]) Vgl. Busch. Arch. B. 1, S. 249.
[4]) So, wenn Hahn bei einem Unternehmer, der die erzielten Ueberschüsse zur besseren Bezahlung seiner Arbeiter verwendeu will, oder, der ein Geschäft übernimmt, von dem er sich zwar nicht für die Gegenwart, wohl aber für die Zukunft, Gewinn verspricht, die Erwerbsabsicht in Abrede stellt.

bestritten.[1]) Man wird annehmen müssen, daß, wenn die Tätigkeit einer Person sich aus den verschiedenartigsten Geschäften zusammensetzt, sie bald Transport-, bald Agentur-, bald Umsatzgeschäfte im Sinne des § 1 Ziff. 1 vornimmt, der Abschluß der Geschäfte nicht von vornherein in Aussicht genommen worden ist und daher nur gelegentlich geschieht. Es ist aber auch möglich, daß ein Gewerbebetrieb mehrere Arten von Handelsgeschäften zum Gegenstande hat. In diesem Falle wird der Abschluß verschiedenartiger, aber von vornherein bestimmter Geschäfte beabsichtigt.[2])

3) Der Gewerbebetrieb muß als solcher dem Publikum gegenüber offenkundig sein. Die Kaufmannseigenschaft, welche im Rechtsverkehr eine besondere Stellung begründet, beruht auf dem Gewerbebetrieb, daher entspricht es nur der Billigkeit, daß derjenige als Kaufmann behandelt wird, der nach außen seine Kaufmannseigenschaft dokumentiert. Auch nach der Verkehrsauffassung erfordert der Begriff „Gewerbe" eine gewisse Offenkundigkeit des Betriebs. Man rechnet eine Privatperson, die durch ein Bankgeschäft Wertpapiere an der Börse an- und verkaufen läßt, nicht zu den Gewerbetreibenden.[3]) Der Offenkundigkeit des Gewerbebetriebes dient der Firmeneintrag, die Veröffentlichung desselben und Umstände ähnlicher Natur.

4) Der Gewerbebetrieb wird nicht begründet durch Ausübung einer Tätigkeit, deren gewerbliche Natur die Verkehrsanschauung nicht anerkennt. Goldmann (Anm. S. 3) meint, daß nach ausdrücklicher Vorschrift der Gewerbeordnung (vgl. § 29 G. O.) die Ärzte den Gewerbetreibenden zugezählt werden müssen, obwohl an sich ihr Beruf wissenschaftlicher Natur ist, der ohne die angeführte gesetzliche Bestimmung als gewerblich nicht angesehen werden könnte.

Die Frage, ob der Arzt im Sinne der Gewerbeordnung als Gewerbetreibender anzusehen ist, ist bestritten, wohl aber zu bejahen.[4]) Für die Rechtsstellung des Arztes im

---

[1]) Sie wurde bejaht von Goldschmidt S. 458, Puchert S 14, Behrend S. 93. Verneint von Ansch.-Volderndorf B. 1, S. 41, Auerbach im Arch. für W. R. B. 11, S 72.

[2]) Ähnlich Goldschmidt a. a. O.

[3]) Anders Staub § 1, Anm. 12 gegen die herrschende Meinung Vgl. Düringer-Hachenburg S. 104, Lehmann-Ring § 1 No. 7, Goldmann § 1 Anm. 1, Yelin S. 11.

[4]) Vgl. Neumann S. 23 und die dort angeführte Judikatur und Literatur.

Sinne des H.G.B. muß es aber als unerheblich angesehen werden, ob ihn die Gewerbeordnung zu den Gewerbetreibenden rechnet, oder nicht, da das H.G.B. den Begriff „Gewerbe“ nicht aus der Gewerbeordnung entlehnt. Als gewerbliche Tätigkeit ist beispielsweise nach der G. O. nicht die Gewinnung roher Naturerzeugnisse, wie z. B. die Fischerei, die Gärtnerei, der Betrieb von kleineren Brüchen und Gruben anzusehen;[1] es kann keinem Zweifel unterliegen, daß alle diese Tätigkeiten im Sinne des H. G.B. Gewerbe sind. Bei der Untersuchung der Frage, ob der Arzt Kaufmannseigenschaft gemäß § 2 erlangen kann, können daher die Bestimmungen der G. O. nicht zugrunde gelegt werden.[2]

Der Arzt ist auch dann nicht Gewerbetreibender, wenn er in der Absicht der Gewinnerzielung seine Tätigkeit ausübt, denn die Gewerbsmäßigkeit ist bei ihm nicht deswegen zu verneinen, weil ihm die Erwerbsabsicht mangelt, sondern weil er nach der Verkehrsanschauung nicht als Gewerbetreibender gilt, die Bestimmungen des H. G. B. für ihn auch nicht berechnet und passend sind.

Aber auch der Arzt kann ein Gewerbe betreiben, wenn seine Tätigkeit sich nicht als ärztliche charakterisiert,[3] z. B., wenn er Leiter eines Sanatoriums ist, bei welchem die ärztliche Hilfeleistung vollkommen hinter der Gewährung von Aufenthalt und Kost zurücktritt.

II. Nur derjenige ist Kaufmann, der ein Handelsgewerbe in eigenem Namen betreibt, d. h. derjenige, der durch den Betrieb des Handelsgewerbes berechtigt und verpflichtet wird. Eine persönliche Tätigkeit des Geschäftsherrn setzt der Kaufmannsbegriff nicht voraus, es genügt, wenn durch einen Vertreter für ihn die Handelsgeschäfte abgeschlossen werden. Dieser aber wird durch die Leitung des Unternehmens ebenso wenig Kaufmann,

---

[1]) Vgl. Landmann S. 25.

[2]) So die herrschende Meinung, vgl. Dernburg B. 1 § 95, Staub S. 30, Anm. 9. Düringer-Hachenburg S. 106. Marcus, Recht 1904 B. 8 S. 9. Hilse in der ärztlichen Sachverständigenzeitung 1901 S. 227. Entscheidung des R. G. in J. W. 02 S. 228, anders Goldmann a. a. O.

[3]) Anders Marcus a. a. O. gegen die herrschende Meinung. Vgl. die oben cit. Lit.

wie die anderen Hilfspersonen des Geschäftsherrn. Daher können auch solche Personen Kaufleute sein, die geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig sind. Dagegen ist es nicht erforderlich, daß der Geschäftsinhaber für eigene Rechnung das Geschäft führt. Das H. G. B. steht zwar auf dem Standpunkte, daß die Firma nicht Objekt des Handelsverkehrs sein soll. Wie es nicht zulässig ist, die Firma ohne das Handelsgeschäft für welche sie geführt wird, zu veräußern,[1]) so erscheint es auch nicht angängig, daß jemand, der an dem Geschäftsgange eines Unternehmens materiell nicht interessiert ist, sich deshalb als Inhaber des Unternehmens ausgibt, um einem anderen Gelegenheit zu geben, aus seinem Namen Vorteil zu ziehen. Auch sind Schiebungen zur Irreführung der Behörden und des Publikums möglich.[2])

Andererseits sprechen aber erhebliche Bedenken dagegen, demjenigen, der unter seinem Namen, aber für fremde Rechnung ein Gewerbe betreibt, die Kaufmannseigenschaft zu versagen. Einmal erscheint es für den Begriff des Handelsgewerbes gleichgiltig, in welcher Weise der Unternehmer den Gewinn verwendet. Es muß daher als belanglos angesehen werden, ob der Unternehmer einem anderen den durch das Unternehmen erzielten Gewinn herausgibt, oder herauszugeben verpflichtet ist. Es würde auch häufig zu gänzlich verfehlten Ergebnissen führen, wenn man ein Handelsgewerbe nur dann als vorhanden ansieht, wenn der Unternehmer für eigene Rechnung tätig ist. Der Vormund, der im eigenen Namen, aber für Rechnung seines Mündels ein Gewerbe betreibt, könnte nicht Kaufmann sein, weil er am Gewinn und Verlust nicht beteiligt ist. Der Mündel würde nicht Kaufmann sein, weil das Unternehmen nicht in seinem Namen betrieben wird. Dieses würde daher nicht den Bestimmungen des Handelsrechts unterliegen.

Berechtigt und verpflichtet werden kann jeder, der rechtsfähig ist. Inhaber eines Handelsgewerbes kann daher jeder Rechtsfähige sein. Die in dem Handelsgewerbe vorzunehmenden Rechtsgeschäfte kann nur derjenige abschließen, der geschäftsfähig ist. Denn sind die von dem Geschäftsherrn vorgenommenen Geschäfte wegen eines Mangels in der Geschäftsfähigkeit oder aus einem sonstigen

[1]) Vgl. § 23 H. G. B.
[2]) Vgl. Cosack S. 26.

Grunde sämtlich ungültig, so ist der Unternehmer nicht Kaufmann. Sowohl physische, wie juristische Personen können ein Handelsgewerbe betreiben. Daher sind auch der Staat und das Reich insoweit Kaufleute, als sie kaufmännische Unternehmungen betreiben. Kraft besonderer Vorschrift gelten jedoch die Postanstalten des Reiches und der einzelnen Bundesstaaten nicht als Kaufleute, § 452 H. G. B.

III. Damit ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 gegeben ist, muß das Unternehmen auf den Betrieb von Grundhandelsgeschäften gerichtet sein.[1])

IV. Weitere Voraussetzungen als die unter I—III angegebenen sind für die Kaufmannseigenschaft kraft Gesetzes nicht vorhanden. Es ist z. B. nicht erforderlich,[2]) daß sich auf dem Betrieb des Handelsgewerbes die Existenz des Kaufmanns gründet, denn auch derjenige Unternehmer, der mit Verlust arbeitet, kann Kaufmann sein. Ebensowenig ist erforderlich, daß der Betrieb des kaufmännischen Unternehmens die ausschließliche oder vorwiegende Beschäftigung des Kaufmanns bildet, da, wie gezeigt, auch derjenige Kaufmann ist, der sich nicht persönlich mit dem Geschäftsbetrieb befaßt,[3]) sondern die Erledigung der Geschäfte anderen Personen überläßt. Die Zugehörigkeit zum Handelsstande ist ferner unabhängig von der Beobachtung der für handelsgewerbliche Unternehmungen aufgestellten Vorschriften des öffentlichen Rechts, insbesondere von der Pflicht, die Eintragung der Firma zu veranlassen.

Lehmann-Ring[4]) verneint den gewerblichen Charakter eines Unternehmens nicht nur dann, wenn die gewerbliche Tätigkeit als solche nicht nach außen hervortritt, sondern nimmt, und zwar gegen die herrschende Meinung auch an, daß auch für den Begriff des Handelsgewerbes eine gewisse Offenkundigkeit gefordert werden muß. Große praktische Bedeutung hat diese Streitfrage nicht, da, wenn das Gewerbe offenkundig ist, meist auch das Handelsgewerbe offenkundig sein wird. Indessen kommt es auch vor, daß die Frage praktische Bedeutung gewinnt, wie der vom R. G. in Bolze B. 18 N. 253 behandelte Fall lehrt.

---

[1]) Vergl. darüber den folgenden Paragr.
[2]) Anders Anschütz-Völderndorf S. 30
[3]) Anders Anschütz-Völderndorf a. a. O.
[4]) Vgl. Lehmann-Ring § 1 No. 7.

Die Ansicht von Lehmann-Ring kann für zutreffend nicht erachtet werden. Der Gesetzgeber hat für den Begriff „Handelsgewerbe“ in den §§ 1, 2 und 3 eine Legaldefinition gegeben. Daß noch weitere Momente als die angegebenen für den Begriff „Handelsgewerbe“ erforderlich sind, kann ohne zwingende Gründe nicht angenommen werden. Durch Gründe sachlicher Natur wird aber die Ansicht von Lehmann-Ring nicht gerechtfertigt.[1])

V. Nur für den Kreis, der im Betriebe des Handelsgewerbes abgeschlossenen Geschäfte ist der Inhaber des Unternehmens Kaufmann, überschreitet er denselben, so unterliegt er nicht den Vorschriften des Handelsrechts, sondern des bürgerlichen Rechts. Das A. D. H. G. B. hat in einigen Fällen ausdrücklich bestimmt, daß die betreffenden handelsrechtlichen Vorschriften nur dann Platz greifen sollten, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, während in anderen Fällen ein derartiges Erfordernis nicht aufgestellt war. Wie vorwiegend angenommen wurde,[2]) mußte der Kaufmann auch in den zuletzt genannten Fällen in dem Betriebe seines Handelsgeschäftes tätig sein, wenn die handelsrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen sollten. Nunmehr ist zum größten Teil die Bezugnahme auf den Betrieb des Handelsgewerbes, welches früher fehlte, nachgeholt, vgl. z. B. Art. 378 des A. D. H. G. B. und § 406 des H. G. B. Art. 388 und § 415, Art. 420 und § 451. Daß ein Gewerbetreibender nur insoweit als Kaufmann gilt, als im Betrieb des Handelsgewerbes vorgenommene Rechtsgeschäfte in Frage stehen, ergibt sich auch aus § 2 H. G. B., wo ausdrücklich gesagt ist, daß ein Land- und Forstwirt nur insoweit als Kaufmann gilt, als er ein Nebengewerbe betreibt, sowie aus der Widerleglichkeit der Präsumption des § 344 H. G. B.[3])

---

[1]) Ebenso Entsch. des R. G. in Bolze a. a. O., Staub S. 37. Düringer S. 104.

[2]) Vgl. Goldschmidt S. 463, Thoel S. 90, Auerbach im Arch f. W. R., B. 11 S. 74.

[3]) Vgl. die eben zitierten Schriftsteller, sowie Lehmann-Ring S. 14 Anm. 32. Anders Puchelt-Förtsch S. 16.

§ 3.

Hat der Kommanditist Kaufmannseigenschaft?

Die Frage, ob der Kommanditist Kaufmann ist, war unter dem A.D.H G. B. bestritten, sie ist es auch unter dem geltenden H. G. B., da der Gesetzgeber eine bestimmte Stellungnahme zu der Kontroverse vermieden hat.

Die gegen die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten vorgebrachten Argumente lassen sich in zwei Gruppen scheiden, bei der einen gehen die Gegner der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten von der allgemein anerkannten Begriffsbestimmung des Kaufmanns aus, erachten aber vom Standpunkt derselben die Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft nicht für gegeben. Bei der anderen Gruppe wird die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten deshalb verneint, weil dieser einer Begriffsbestimmung des Kaufmannsbegriffes nicht entspricht, welche von der historisch überlieferten und von der Mehrzahl der Schriftsteller akzeptierten abweicht.

I. Prüfen wir zunächst die Frage, ob nach der von der herrschenden Meinung anerkannten und auch von uns übernommenen Definition des Kaufmannsbegriffes der Kommanditist als Kaufmann anzusehen ist.

Nach dieser Definition ist derjenige als Kaufmann anzusehen, der durch die in dem Handelsgewerbe vorgenommenen Geschäfte berechtigt und verpflichtet wird. Hiernach muß die Frage nach der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten unbedingt bejaht werden.

Nach § 19 Abs. 2 H. G. B. hat die Firma einer Kommanditgesellschaft den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem, das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatze zu enthalten. Der Kommanditist ist Mitglied der Gesellschaft, die Firma ist ihm und dem Komplementar gemeinschaftlich. Darf auch der Name des Kommanditisten in der Firma nicht enthalten sein, so wird doch, da die Firma eine gemeinschaftliche ist, die Person des Kommanditisten von ihr

mit umfaßt. Derselbe ist daher an den Rechtswirkungen der unter der Firma der Gesellschaft vorgenommenen Geschäfte beteiligt. Auch der Kommanditist ist daher als Inhaber des Handelsgeschäftes anzusehen.

Seeligmann[1]) und Kielhorn[2]) vergleichen, um dem Schlusse aus der direkten Haftung auf die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten den Boden zu entziehen, die Stellung des Kommanditisten mit der eines Bürgen, sie meinen, daß ebenso wenig wie derjenige, der sich für die Schulden eines Kaufmannes verbürgt, durch die Übernahme der Bürgschaft infolge der direkten Belangbarkeit zum Kaufmann wird, auch der Kommanditist durch seine persönliche Haftung die Kaufmannseigenschaft nicht erlangt. Indessen kann dieser Argumentation nicht beigetreten werden. Der Kommanditist ist weder Bürge, noch hat er mit der Rechtstellung desselben Ähnlichkeit. Der Kommanditist könnte nur dann Bürge sein, wenn man die Kommanditgesellschaft für eine juristische Person hält. Denn nur dann, wenn man von dieser fast allgemein abgelehnten Konstruktion ausgeht, könnte eine fremde Schuld in Frage kommen.[3]) Es fehlt ferner aber auch jeder Anhalt dafür, der für den Abschluß eines Bürgschaftsvertrages mit den Gesellschaftsgläubigern spricht. Aus dem von Seeligmann und Kielhorn herangezogenen Vergleich würde sich aber grade das Gegenteil ihrer Ansicht, nach welcher der Kommanditist nicht Kaufmann ist, ergeben. Denn wäre die direkte Haftung für die Verbindlichkeiten dem Inhaber eines Handelsgeschäftes nicht wesentlich, so könnte auch aus der durch das Gesetz vorgeschriebenen Beschränkung der Haftung des Kommanditisten für die Gesellschaftsschulden ein Argument gegen die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten nicht gesehen werden. Grade in der beschränkten Haftung des Kommanditisten erblicken die Gegner der Kaufmannseigenschaft desselben einen wichtigen Stützpunkt für die von ihnen vertretene Ansicht.[4])

Seeligmann[5]) leugnet auch für den Regelfall die direkte Haftung des Kommanditisten. Er führt aus, daß der

---

[1]) S. 19.
[2]) S. 36.
[3]) Vgl. Tomalla S. 54, Anm. 14 und Pappenheim S. 14.
[4]) Vgl. die Ausführungen weiter unten.
[5]) S. 16.

Kommanditist nur solange persönlich haftet, als er seine Einlage nicht bewirkt hat, daß aber nach Bewirkung derselben (und in den weitaus meisten Fällen würde er dieser Pflicht zur Abführung der Einlage an die Gesellschaft nachgekommen sein) jede persönliche Haftung erlischt.

Diese Ausführungen beruhen auf einer falschen Vorstellung von dem Wesen der Kommanditgesellschaft. „Die Kommanditgesellschaft stellt sich als eine Rechtsgemeinschaft dar, die nicht verschieden von der Summe der Mitglieder[1]) als diese Summe im Handelsverkehr auftritt." Haftet die Kommanditgesellschaft mit ihrem Vermögen, so haftet daher auch der Kommanditist. Bevor die Einzahlung bewirkt ist, steht er mit seinem ganzen Vermögen für die Geschäftsschulden ein, nachher nur mit einem bestimmten Teile derselben, nämlich seinem Anteil an dem Gesellschaftsvermögen. Eine Verbindlichkeit der Gesellschaft ist stets auch eine Verbindlichkeit des Kommanditisten. Schließt beispielsweise die Gesellschaft einen Kaufvertrag über ein Grundstück ab, so wäre es nicht recht verständlich, wenn dem Kommanditisten ein Anspruch auf die Übereignung des Grundstückes zustehen würde, ohne daß er andererseits verpflichtet wäre, den Kaufpreis zu zahlen.[2]) Ferner wird gegen die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten ins Feld geführt, daß nur derjenige als Inhaber eines Handelsgeschäftes angesehen werden könne, der nach außen dem Publikum gegenüber als solcher erkennbar hervortrete, daß aber die Offenkundigkeit der Tätigkeit bei dem Kommanditisten fehle. Auch dieses Argument, daß das Moment der Gewerbsmäßigkeit in der Person des Kommanditisten verneint, ist erfolglos. Denn obgleich der Name des Kommanditisten in der Firma nicht aufgenommen sein darf, so ist doch vom Gesetzgeber in ausreichender Weise dafür Sorge getragen worden, daß den Interessenten die Person des Kommanditisten bekannt wird. Nach § 162 H. G. B. muß bei der Anmeldung der Gesellschaft die Person des Kommanditisten und der Betrag seiner Einlage bezeichnet werden. Durch die Eintragung dieser Umstände in das Handelsregister ist aber die Offenkundigkeit gewährleistet.

---

[1]) Tomalla S. 55.
[2]) Vgl. Pappenheim S. 13.

Die Beschränkung in der Veröffentlichung des Registereintrags vermag der Offenkundigkeit des Gewerbebetriebes des Kommanditisten in erheblichem Maße nicht Abbruch zu tun, da einmal der Wert der Veröffentlichung ein recht problematischer ist und ferner jeder wirkliche Interessent sich aus dem Handelsregister orientieren kann. Auch hier ist mit der Eintragung in das Handelsregister ein starker Publizitätseffekt verbunden. Von einer Veröffentlichung des Namens des Kommanditisten und seiner Einlage hat der Gesetzgeber lediglich deshalb abgesehen, weil er befürchtete, daß, wenn das Gesetz die Publizierung vorschreiben würde, sich die Beteiligten der Form der stillen Gesellschaft zuwenden würden, und er im Interesse der Gesellschaftsgläubiger nicht die stille Gesellschaft auf Kosten der Kommanditgesellschaft begünstigen wollte.[1])

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß, die Richtigkeit der von uns übernommenen Kaufmannsdefinition vorausgesetzt, der Kommanditist als Kaufmann anzusehen ist.

II. Wenden wir uns nunmehr denjenigen Schriftstellern zu, die hauptsächlich wohl, um die Frage nach der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten verneinend beantworten zu können, dem Kaufmannsbegriff selbst einen anderen Inhalt geben wollen. Zu diesen gehört vor allen Sohm. Er[2]) erkennt zwar an, daß nach der allgemein anerkannten Definition des Kaufmannsbegriffes der Kommanditist als Kaufmann anzusehen sei, meint aber, daß diese Begriffsbestimmung selbst unrichtig sei. Nach Sohm wird die Inhaberschaft eines Handelsgeschäfts nicht dadurch begründet, daß durch die vorgenommenen Rechtsgeschäfte der Gewerbetreibende berechtigt, oder verpflichtet wird, sondern durch das eigene Recht der Leitung des Geschäfts (Entscheidungsrecht über den Abschluß von Geschäften mit Dritten) mag er nun das Leitungsrecht

---

[1]) Denkschrift I S. 113. Seeligmann S. 44 will auch die Bestimmung des § 41 H. G. B. gegen die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten verwenden. Aus dem Umstande, dass der Kommanditist im Gegensatz zu den sonstigen Kaufleutenzur Unterzeichnung des Inventars und der Bilanz nicht verpflichtet ist, will er folgern, dass der Kommanditist nicht Kaufmann sei. Diese Ansicht läuft auf den Satz hinaus, dass die Verpflichtung, die Bilanz und das Inventar zu unterzeichnen, für den Kaufmannsbegriff wesentlich ist. Die Unrichtigkeit dieser Anschauung ergibt sich von selbst.

[2]) Vgl. Sohm a. a. O. S. 894.

persönlich oder durch Hilfspersonen, wie etwa der Minderjährige durch den Vormund ausüben. Dem Kommanditisten ist durch die zwingende Vorschrift des § 164 H. G. B. das Leitungsrecht genommen, folglich ist er, wie Sohm meint, nicht Kaufmann.

Die Ansicht von Sohm unterliegt erheblichen Bedenken. Denn wenn man ihm auch darin zustimmen würde, daß die Kaufmannseigenschaft für den Komanditisten nicht förderlich sei, und daß er durch das Fehlen des eignen Leitungsrechts von allen anderen Kaufleuten sich unterscheidet, so hat er doch damit noch nicht dargetan, daß nach dem Willen des Gesetzgebers das selbständige Recht zum Abschluß von Geschäften mit dritten Personen für den den Kaufmannsbegriff wesentlich ist. Sohm hat sich allerdings auch darauf berufen, daß nach dem üblichen Sprachgebrauch nur derjenige Kaufmann sei, der sich im Besitz einer eignen, von anderen nicht abgeleiteten Vertretungsbefugnisses befindet; allein der Hinweis auf den allgemeinen Sprachgebrauch versagt vollkommen, der Sprachgebrauch gibt über diese diffizilen Dinge keine Auskunft.

Mit Recht weist Pappenheim[1]) darauf hin, daß sich der Kommanditist durch das Fehlen des eigenen Leitungsrechtes von anderen Kaufmannsgruppen garnicht unterscheidet, denn auch der offene Handelsgesellschafter, dem vertragsmäßig die Vertretungs-Befugnis entzogen ist, bleibt, wie auch Sohm nicht bestreitet, nichtsdestoweniger Kaufmann. Sohm will diesen Einwand dadurch entkräften, daß er ausführt, das eigne Leitungsrecht des offenen Handelsgesellschafters ruhe in diesem Falle nur. Allein diese Konstruktion ist gekünstelt und kaum richtig, denn wenn auch die rechtliche Möglichkeit besteht, ein Recht (das Vertretungsrecht des offenen Handelsgesellschafters) zur Entstehung zu bringen, so kann doch kaum gesagt werden, daß es bereits vorher als ein ruhendes bestanden habe.[2]) Unterscheidet sich aber der Kommanditist von anderen Kaufleuten nicht durch das Fehlen des Vertretungsrechtes, so kann dieses auch für den Kaufmannsbegriff nicht wesentlich sein. Der Versuch von Sohm, darzutun, daß der Kommanditist nicht Kaufmann ist, erscheint

---

[1]) Vgl. Leipziger Zeitschrift 1910 Seite 1.
[2]) Vgl. Pappenheim Leipziger Zeitschrift 1910 S. 9.

daher als mißglückt.[1]) Auch Staub[2]) will die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten nicht gelten lassen. Er sagt: „zwar wird das Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betrieben, aber als Kaufmann wird nach allgemeiner Anschauung nur derjenige betrachtet, der seine volle Rechtspersönlichkeit einsetzt. Als Kommanditist riskiert er aber nur ein bestimmtes Kapital, beteiligt sich mit ihm bei einer Handelsgesellschat, ist aber kein Unternehmer eines Handelsgeschäftes.“ Indessen die Ansicht von Staub steht im Widerspruch zu der Legaldefinition des Kaufmannsbegriffes in § 1 Abs. 1 H. G. B. Kaufmann ist danach derjenige, der Handelsgewerbe betreibt. Innerhalb dieser Legaldefinition hat das von Staub aufgestellte weitere Erfordernis des Kaufmannsbegriffes, die unbeschränkte Haftung für die Geschäftsschulden keinen Raum. Die Verkehrsauffassung, auf die sich für seine Ansicht auch Staub beruft, hat naturgemäß für die Auslegung der Legaldefinition Bedeutung. Die Anschauung der beteiligten Kreise kann aber nicht dazu führen, der vom Gesetzgeber vorgesehenen Bestimmung des Kaufmannsbegriffes fremde Elemente hinzuzufügen. Es ist aber auch in Abrede zu stellen, daß nach der Verkehrsanschauung der Kommanditist seiner beschränkten Haftung wegen als Kaufmann nicht angesehen wird. Pappenheim[3]) sagt mit Recht: „Wenn der Kommanditist in seiner Einlage dem kapitalbedürftigen Komplementär die erforderlichen Betriebsmittel zur Verfügung stellt, wenn er dementsprechend den größeren Teil des Gewinnes bezieht, wenn er vielleicht dem Komplementär mit seinem Rate maßgebend zur Seite steht, wird für die Verkehrsanschauung gerade umgekehrt der persönlich haftende Gesellschafter hinter den Kommanditisten, als dem eigentlichen Geschäftsherrn, zurücktreten.“

Wesentlich könnte das Moment der unbeschränkten Haftung dem Kaufmannsbegriff nur dann sein, wenn auch alle diejenigen Gewerbetreibenden, deren Kaufmannseigenschaft feststeht, für die Geschäftsschulden unbeschränkt

---

[1]) Aus im Wesentlichen denselben Gründen wie Sohm verneinen auch Ullmann S. 565 und Kobylinski S. 25 die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten.

[2]) Vgl. S. 33 Anm. 18.

[3]) Pappenheim S. 7.

haften würden. Nun weist aber Pappenheim [1]) darauf hin, daß, das H. G. B. die Kaufmannseigenschaft Personen verleiht, die wenigstens der tatsächlichen Regel nach für die aus ihrem Gewerbebetrieb entstandenen Verbindlichkeiten nur beschränkt haften, wie die Reeder und Schiffseigner.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß vom Standpunkte des geltenden Rechts der Kommanditist als Kaufmann anzusehen ist. Eine Bestätigung dieser Ansicht finden wir im § 161 Abs. 2. Nach dieser Bestimmung finden, soweit nicht ein anderes vorgeschrieben ist, auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung.

Der offene Handelsgesellschafter ist wie fast allgemein anerkannt, Kaufmann, folglich ist es auch der Kommanditist.

Die Ansichten darüber, ob dieses Ergebnis den Verkehrsbedürfnissen gerecht wird oder nicht sind geteilt. Bolze [2]) meint z. B. im Gegensatz zu Pappenheim [3]) und Sohm, [4]) denen sich auch Kobylinski [5]) anschließt, daß die Statuirung der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten den Wünschen der beteiligten Kreise entspricht. Es darf auch nicht verkannt werden, daß aus der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten keineswegs sich die Anwendbarkeit aller für die Kaufleute gegebenen Vorschriften auf den Kommanditisten sich ergibt. Vielmehr kommen nur diejenigen Vorschriften zur Anwendung, die dem Wesen der Kommanditgesellschaft nicht widersprechen. [6]) Für die Richtigkeit dieser Ansicht könnte man wohl die oben zitierte Bestimmung des § 161 Abs. 2 heranziehen, durch welchen die nur subsidiäre Geltung der Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft für die Kommanditgesellschaft angeordnet ist. § 161 Abs. 2 dürfte so auszulegen sein, daß die Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft nur insoweit anwendbar sind, als sie nicht mit dem Wesen der Kommanditgesellschaft im Widerspruch stehen. Auf die offenen Handels-

---

[1]) Pappenheim S. 8.
[2]) Vgl. Bolze S. 576.
[3]) Anm. S. 29.
[4]) Anm. a. a. O.
[5]) Anm. S. 34.
[6]) So Pappenheim S. 18, Kobylinski S. 34.

gesellschafter finden als Kaufleute die für diese gegebenen Vorschriften Anwendung. Auf den Kommanditisten sind gemäß § 161 Abs. 2 diese für Kaufleute gegebenen Vorschriften nur in soweit anwendbar, als sich dies mit dem Wesen der Kommanditgesellschaft vereinigen läßt.

Folgt man dieser Ansicht, und bejaht man die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten, so ergibt sich der Vorteil, daß die für die Kaufleute gegebenen Vorschriften, soweit sie für den Kommanditisten geeignet sind, auf diesen zur Anwendung gebracht, soweit sie nicht geeignet sind, von der Anwendung ausgeschlossen werden können.

§ 4.

Die Grundhandelsgeschäfte des H. G. B.

Der Kreis der Grundhandelsgeschäfte ist im § 1 H. G. B. genau begrenzt, eine analoge Ausdehnung auf andere Fälle ist unzulässig.[1] Die Begriffsbestimmung der Grundhandelsgeschäfte lehnt sich an das A. D. H. G. B. an, weicht aber in Einzelheiten von demselben ab. Neu aufgenommen sind die Geschäfte der Schleppschiffahrts-Unternehmen und der Lagerhalter. Dagegen führt das geltende H. G. B., anders wie das A. D. H. G. B. das Darlehn gegen Verbodmung nicht mehr unter den Grundhandelsgeschäften auf. Man nahm an, daß es gewöhnlich nicht Gegenstand eines selbstständigen Handelsgewerbes ist.[2]

Grundhandelsgeschäfte sind folgende Geschäfte:

I.) Die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waren) ohne Unterschied, ob die Waren unverändert, oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden. Das H. G. B. hat den Spekulationskauf des Art. 271 Nr. 1 und das Lieferungsgeschäft Art. 272 Nr. 2 des A. D. H. G. B. in Nr. 1 zusammengefaßt. Die Unterscheidung dieser beiden Arten von Umsatzgeschäften erschien nicht mehr erforderlich, da das neue H. G. B. im Gegensatz zum A. D. H. G. B. beide Geschäfte derselben rechtlichen Behandlung unterwirft.[3]

II.) Die Anschaffung ist nach einer Plenarentscheidung des Reichsgerichts ein abgeleiteter, entgeltlicher Erwerb beweglicher Sachen zu Eigentum mittels Rechtsgeschäftes unter Lebenden. Diese Begriffsbestimmung ist jedenfalls für das geltende H. G. B. nicht mehr ganz zutreffend. Nach jetzigem Recht ist, wie Geldmann S. 12. hervorhebt, die An-

---

[1]) Vgl. Entsch. des R. G. im Recht 1902 S. 18.
[2]) D. II S. 12.
[3]) D. S. 10.

schaffung ein obligatorischer Vertrag, welcher den Erwerb des Eigentums bezweckt, nicht aber der Eigentumserwerb selbst.

Der typische Fall der Anschaffung ist der Kauf, er war im A. D. H. G. B. besonders hervorgehoben, aber auch andere Verträge fallen unter den Begriff der Anschaffung, z. B. Tausch, Darlehen, Werklieferungsvertrag und ähnliche Geschäfte. Die Begriffsmerkmale der Anschaffung sind dagegen nicht gegeben, wenn der Vertrag nur auf Erlangung des Besitzes oder auf Begründung eines Rechtes an der Sache abzielt. Eine Anschaffung liegt nach dem Sprachgebrauch ebenfalls nicht vor, wenn das Eigentum an die Sache auf Grund einer unentgeltlichen Zuwendung, sei es unter Lebenden, oder von Todes wegen, erlangt wird. Rechtshandlungen, die auf den originären Erwerb von Eigentum gerichtet sind, sind keine Anschaffungsgeschäfte z. B. nicht, Aneignung, Schatz, Fund. Wichtig ist vor allem, daß der durch Urproduktion bewirkte Eigentumserwerb keine Anschaffung ist. Dies gilt selbst dann, wenn Bestandteile eines fremden Grundstückes in den Handel gebracht werden, z. B., wenn ein Steinbruch gepachtet und nach der Trennung von Grund und Boden die fertigen Steine veräußert werden. In diesem Falle ist eine unbewegliche Sache angeschafft, die Steine, welche vom Grundstück getrennt werden sollen, sind nicht Gegenstand der Anschaffung.

Sind dagegen die von dem Grundstück loszutrennenden Steine gekauft, so ist Gegenstand des Kaufes eine zukünftige bewegliche Sache, mithin liegt ein Anschaffungsgeschäft im Sinne des § 1 vor. Allerdings wird die Feststellung, ob Kauf oder Pacht vorliegt, häufig Schwierigkeiten machen, wenn der Besitz an dem Grundstücke dem Vertragsgegner überlassen wird. Hat der Eigentümer des Grundstückes durch Überlassung des Besitzes seinen Verpflichtungen im wesentlichen genügt, bleibt der Preis derselbe, gleichgültig, ob tatsächlich die Steine losgetrennt werden oder nicht, so wird Pacht anzunehmen sein, da in diesem Falle der Grundstückseigentümer seinen Verpflichtungen aus dem Vertrage genügt hat, ohne daß auch nur ein Stein in das Eigentum des Gegenkontrahenten gelangt ist, ein Kaufvertrag mithin nicht beabsichtigt erscheint.[1])

[1]) Vgl. Staub § 1 Anm. 38, Behrend S. 26 Anm. 13, Entscheidung des R. G. in J. W. 1894 S. 144, in der Zeitschr. f. H. R. B. 8 S. 633.

Der Begriff „Weiterveräußerung“ weist ähnliche Merkmale auf, wie der Begriff „Anschaffung“. Unter Weiterveräußerung versteht man ebenfalls einen zweiseitigen Vertrag, durch welchen die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung einer beweglichen Sache übernommen wird. Unerheblich ist es, ob die Anschaffung der Veräußerung vorhergeht oder nachfolgt. Nach der Fassung Art. 271 Nr. 1 des N. D. H. G. B. konnte es zweifelhaft sein, ob auch der Deckungskauf zum Zwecke der Realisation eines bereits abgeschlossenen Verkaufes als Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäft gelten mußte, zumal sich auch aus Art. 271 Nr. 2 ebenfalls zu ergeben schien, daß in Nr. 1 nur der Spekulations- und nicht der Realisationskauf gemeint ist. Nachdem nunmehr Nr. 2 des Art. 271 in H. G. B. nicht Aufnahme gefunden hat, und sich auch aus der Fassung von Ziff. 1 die Notwendigkeit der Nachfolge des Veräußerungsgeschäfts nicht ergibt, kann es nicht zweifelhaft sein, daß sowohl der Spekulations- wie auch der Realisationskauf Handelsgeschäfte sind. Auch der Ausdruck „Weiterveräußerung“ soll nicht andeuten, daß die Veräußerung zeitlich nachfolgen muß, sondern soll nur bezeichnen, daß die Anschaffung zum Zwecke einer Veräußerung vorgenommen werden muß.[1])

III) Zweck der Anschaffung und Weiterveräußerung muß der Umsatz von „Waren“ sein. Die Begriffsbestimmung der Waren geben die Worte „bewegliche Sache“. Dieser Begriff wiederum erklärt sich aus dem Gegensatz zu den unbeweglichen Sachen.[2])

Düringer-Hachenburg[3]) und Staub[4]) nehmen an, daß das Wort „Waren“ dem Begriff „bewegliche Sachen“ zugefügt ist, um klarzustellen, daß nicht alle beweglichen Sachen Gegenstand des in Ziff. 1 bezeichneten Umsatzgeschäftes sind, sondern nur diejenigen, die zugleich auch Waren sind. Nach Düringer-Hachenburg sind Waren nur solche Sachen, die einen in der Sache selbst liegenden Vermögenswert haben, nach Staub nur solche Sachen, die Gegenstand des Handelsverkehrs sind. Daß Waren und bewegliche Sachen nicht identisch sind, folgern Düringer-Hachenburg aus den §§ 366—369, 375 u. 381 H. G. B., in

---

[1]) Vgl. Makower S. 21. Lehmann-Ring S. 18.
[2]) Vgl. Goldmann S. 11.
[3]) Düringer-Hachenburg S. 112.
[4]) Staub S. 40.

welchen der Ausdruck „Waren“ vermieden und statt dessen der allgemeinere Begriff „bewegliche Sachen“ gesetzt sei, so wie aus der Gegenüberstellung der in Ziff. 1 ebenfalls angeführten Wertpapiere, welche an sich auch bewegliche Sachen seien, mit diesem Begriff. Warenmuster seien daher, weil sie einen Vermögenswert nicht hätten, keine Waren im Sinne von Ziff. 1.

Indessen ergibt die Fassung von Ziff. 1 deutlich, daß die beiden Begriffe einander gleichgestellt werden sollten. Auch die Entstehungsgeschichte spricht gegen ihre Auffassung. Nach dem A. D H. G. B. konnten, wie der Wortlaut von Art. 271 Nr. 1 lehrt, Gegenstand des dort behandelten Umsatzgeschäftes alle beweglichen Sachen sein. Daß man bei der Neuredaktion von derselben Auffassung ausgegangen ist, zeigt die Denkschrift a. a. O., nach welcher unter „Waren“ alle beweglichen Sachen zu verstehen sind. Die in Ziff. 1 genannten Wertpapiere sind nicht, wie Düringer-Hachenburg annehmen, dem Begriff „Waren“ gegenübergestellt, sodaß aus dieser Gegenüberstellung zu folgern wäre, daß unter den Begriff „Waren“ nicht alle beweglichen Sachen fallen. Die Wertpapiere sind vielmehr lediglich deshalb hervorgehoben, um darzutun, daß neben beweglichen Sachen auch Rechte Gegenstand des Umsatzgeschäftes sein können. Auch im Art. 271 sind neben dem Begriff „bewegliche Sachen“ auch gewisse Handelspapiere genannt. Eine Einschränkung des Begriffes „bewegliche Sachen“ hat die Aufführung der Handelspapiere nicht zur Folge gehabt. Waren und bewegliche Sachen sind im Sinne von Ziff. 1 als identisch anzusehen.[1])

IV) Rechte können im allgemeinen nicht Gegenstand der Anschaffung und Veräußerung sein, es sei denn, daß sie derartig an Urkunden geknüpft sind, das die Innehabung des Rechtes von dem Besitz der Urkunde abhängt, und dieses nur zusammen mit der Urkunde übertragen werden kann.

Unter Wertpapieren sind nur solche Papiere zu verstehen, welche für den Handel besonders geeignet und bestimmt sind. Hierher gehören Inhaberpapiere und solche Papiere, welche durch Indossement übertragen werden können, weil die Weiterbegebung ohne Schwierig-

[1]) So Makower S. 21. Goldmann S. 12 Ritter S. 6. Lehmann-Ring S. 19.

keiten erfolgt, und der redliche Erwerber von dem Rechte seines Vormannes unabhängig ist.[1])

Rechte, die zur Veräußerung der Abtretung bedürfen, sind deswegen für den Handelsverkehr nicht geeignet, weil dem Rechtsnachfolger unbekannte Rechtsmängel in der Person ihres Rechtsvorgängers entgegen gehalten werden können. In Fällen aber, in welchen die Geltendmachung derartiger Mängel juristisch möglich ist, kann ein Papier nichtsdestoweniger den Charakter eines Handelspapiers haben, wenn es ganz unwahrscheinlich ist, daß der Schuldner die Mängel geltend macht. Daher sind gewillkürte Ordrepapiere, die vertretbar oder doch wenigstens in Mengen imitiert worden sind, Handelspapiere im Sinne von Ziff. 1.[2]) Denn es ist nicht anzunehmen, daß der Aussteller gegen eines der verbrieften Rechte besondere Einwendungen erheben wird.

Das A. D. H. G. B. führte die Staatspapiere und Aktien besonders auf. Diese Beispiele sind bei der Neuredaktion des H. G. B. nicht übernommen worden, sie werden auch nicht in allen Fällen passen. Auf den Inhaber lautende Aktien fallen zwar unter den Begriff der Wertpapiere im Sinne von Ziff. 1, dagegen sind die vinkulierten Namensaktien keine Handelspapiere, sie sind für den Handel weder bestimmt, noch geeignet. Für den Handelsverkehr sind sie deswegen nicht passend, weil ihre Übertragung mit Schwierigkeiten verbunden ist. Die Übertragung setzt die Eintragung in das Aktienbuch, eine gerichtliche oder notarielle Form und Zustimmung der Gesellschaftsorgane voraus. Die vinkulierten Namensaktien sind auch für den Handel nicht bestimmt, weil die Weiterbegebung offenbar deswegen erschwert wurde, um ihnen den Charakter von Umlaufspapieren zu nehmen.[3]) Grundschuldbriefe auf den Inhaber sind Inhaberpapiere und daher Wertpapiere. Dagegen sind Hypotheken-, Renten- und Grundschuldbriefe der gewöhnlichen Form nicht Wertpapiere im Sinne des § 1, da hier die Übertragung des Rechts im Wege der Cession geschieht.

V) Gleichgültig ist es, ob die Waren unverändert, oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden. Die Begriffe Be- und Verarbeitung gehen

---

[1]) Vergl. Staub S. 40.
[2]) Vergl. Jacobi S. 10.
[3]) Vergl. Lehmann-Ring § 1 Anm. 49. Jacobi a. a. O. Anders Staub § 1 Anm. 40, Entsch. des R. G. B. 36 S. 39.

ineinander über, wenn auch die Verarbeitung eine schärfere Einwirkung auf die Sache voraussetzt, als die Bearbeitung. Also auch die Handwerker, die gewerbsmäßig bewegliche Sachen anschaffen und dieselben in verändertem Zustande weiter veräußern, wie Fleischer, Schneider, Bäcker sind Kaufleute.

Die Veränderung, die an den Waren vorgenommen wird, darf jedoch nicht derartig sein, daß sie den Charakter von beweglichen Sachen verlieren.[1]

Makower sieht die Bauhandwerker als Kaufleute an, er meint, daß ebenso wie beim Anschaffungsgeschäft die angeschaffte Sache dann als bewegliche gilt, wenn der Eigentumserwerb frühestens gleichzeitig mit dem Beweglichwerden eintritt, so auch die veräußerten Sachen ebenfalls als bewegliche gelten müssen, wenn die Eigentumsentäußerung spätestens gleichzeitig mit dem Unbeweglichwerden eintritt. Die Beweisführung von Makower beruht auf einer Verkennung der Begriffe „Anschaffung" und „Weiterveräußerung". Beide Geschäfte bezeichnen nicht den dinglichen, sondern den obligatorischen Vertrag, die die causa zu jenen bilden. Die Frage, ob der Bauhandwerker Kaufmann ist, hängt mithin von der Entscheidung der Vorfrage ab, ob er sich verpflichtet, bewegliche oder unbewegliche Sachen zu liefern. Sie ist regelmäßig im letzteren Sinne zu beantworten, denn erst dann, wenn die gelieferten Gegenstände mit dem Grundstück verbunden sind, also zu unbeweglichen geworden sind, hat der Bauunternehmer seine Vertragspflicht erfüllt. Die von ihm übernommene Lieferungsverpflichtung war also von vornherein auf die Lieferung von unbeweglichen Sachen gerichtet. Ebenso wie bei dem Anschaffungsgeschäft die zukünftige unbewegliche Sache als bewegliche gilt, so muß bei dem Veräußerungsgeschäft die zukünftige unbewegliche Sache als unbewegliche gelten. Der Bauunternehmer ist daher nicht Kaufmann auf Grund des § 1.[2]

Immerhin ist es denkbar, daß die Geschäfte der Bauunternehmer sich ausnahmsweise als Grundhandelsgeschäfte darstellen, nämlich dann, wenn dieser die Baumaterialien bereits vor dem Einbauen dem Bauherrn veräußern will, da in diesem Falle der Bauunternehmer sich zur Lieferung

[1]) Vergl. Lehmann, Lehrb. S. 72.

[2]) Siehe Makower, Dernburg I S. 96 gegen die herrschende Meinung, vergl. die bei Makower zitierte Literatur und Judicatur.

von beweglichen Sachen verpflichtet hat. In der Regel wird man aber annehmen müssen, daß der Bauunternehmer die Baumaterialien erst mit dem Einbauen in das Grundstück veräußern will, da ihm vorher nicht bekannt ist, wieviel Materialien erforderlich und zu liefern sind.[1] Geht man von der entgegengesetzten Auffassung aus, so zerlegt man die zwischen dem Bauunternehmer und Bauherrn getroffene Vereinbarung in zwei selbständige Verträge, von denen der eine auf Lieferung von Materialien (Kaufvertrag), der andere auf Errichtung eines Bauwerks (Werkvertrag) gerichtet ist. In Wirklichkeit aber wollen die Parteien gewöhnlich nur einen Vertrag abschließen, durch welchen der Bauunternehmer sich zur Errichtung des Bauwerks verpflichtet. Dies wird selbst dann gelten müssen, wenn die von dem Unternehmer gelieferten Materialien besonders in Rechnung gestellt werden, da aus dieser Modalität der Berechnung sich noch nicht ergibt, daß die Parteien zwei verschiedene Verträge eingehen wollten.[2]

Gemäß § 2 kann der Bauunternehmer Kaufmannseigenschaft erlangen. Werden bewegliche Sachen derart mit einander verbunden, daß ihre eigene Individualität vollkommen zurücktritt und sie lediglich als Arbeitsmittel oder Zutaten erscheinen, so sind sie nicht Gegenstand der Veräußerung, wenn die Hauptsache veräußert wird. Der Schneider handelt nicht mit Garn, der Maler nicht mit Farbe, der Photograph nicht mit Papier.[3]

2) Grundhandelsgeschäft ist ferner die Übernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht. Erforderlich ist also, daß der Unternehmer die Arbeit, der Besteller das Material liefert. Verarbeitet der Unternehmer eigenes Material, so sind die Voraussetzungen dieses Grundhandelsgeschäftes nicht gegeben. Allerdings darf der Eigentumsfrage übermäßige Bedeutung nicht beigelegt werden. Es kommt nicht so sehr darauf an, daß die Waren im juristischen Sinne für den Unternehmer fremde sind, als im wirtschaftlichen. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Besteller den Unternehmer beauftragt, das Material in eignem Namen für Rechnung des

---

[1]) Vergl. Cosack S. 28.
[2]) So Cosack S. 28. Goldschmidt S. 684. Kraevelt in Busch's Arch. N. F. B. 6, S. 216. Anders Hahn § 275 Ziff. 4. Puchelt Art. 275 Ziff. 5.
[3]) Vergl. Behrend S. 110.

Bestellers einzukaufen, der Unternehmer daher während der Herstellung der Arbeit Eigentümer der Sache ist und diese erst nach Fertigstellung der Arbeit dem Besteller übereignet wird.[1] Auch muß es als gleichgültig angesehen werden, ob der Unternehmer aus eignem Material die Zutaten liefert, da Gegenstand der Arbeit nicht die Zutaten sind, sondern mit Hülfe dieser die Bearbeitung oder Verarbeitung vorgenommen wird.[2]

Nicht erforderlich ist, daß der Unternehmer auf die Substanz der Sache einwirkt, es genügt, wenn die vorgenommenen Veränderungen den Erfolg haben, daß der bearbeitete Stoff neue Eigenschaften irgend welcher Art annimmt. Daher kann auch das Reinigen von Wäsche, das Färben von Stoffen ein Grundhandelsgeschäft im Sinne von Ziff. 2 sein.[3]

Der Vertrag, der Ziff. 2 zu Grunde liegt, wird gewöhnlich ein Werkvertrag sein, es ist immerhin möglich, wird aber nur selten vorkommen, daß er sich als Dienst- und Mietvertrag darstellt, z. B. wenn der Besteller zum Zwecke der Vornahme der Veränderung an den Waren Arbeitsgeräte von dem Unternehmer mietet, und sich die Ansprüche desselben aus dem Dienstvertrage gegenüber seinen Angestellten übertragen läßt.[4]

Die Bearbeitung und Verarbeitung von Waren ist aber nur dann Grundhandelsgeschäft, wenn der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht. Handwerksmäßiger Natur ist ein Betrieb nur dann, wenn er seiner Art und seinem Umfang nach kaufmännische Einrichtungen nicht erfordert.[5]

Makower[6] will bei der Anwendung von Ziff. 2 lediglich den Umfang, nicht aber die Art des Betriebes berücksichtigen. Während er bei der Erläuterung des § 4 sagt, daß der Begriff des Handwerks nur durch die Bezugnahme auf die Art des Betriebes erklärt werde, der Umfang aber für den Begriff des Handwerks unwesentlich sei.[7] Er berücksichtigt nicht, daß der Begriff des Handwerks im § 1 und 4 identisch ist, oder verkennt, daß die

---

[1]) Vergl. Behrend S 120.
[2]) Vergl. Entsch. D. N. O. H. G. B. 7 S 240.
[3]) Vergl. Entsch. D. N. G. in Strafsachen B. 22, S. 271.
[4]) Benrend § 27 Anm. 2.
[5]) Vergl. § 5 dieser Abhandl.
[6]) Makower B. 1 S. 25.
[7]) Vergl. Makower S. 38.

Konsequenz seiner Ansicht dazu führen würde, daß der Ausdruck „Handwerk“ in Ziff. 2 überflüssig ist. Denn wird der Begriff „Handwerk“ nur durch die ihm eigentümliche Betriebsweise gekennzeichnet, kommt es aber bei der Auslegung des § 1 nicht auf die Art des Betriebes, wie Makower annimmt, an, so würde der Begriff „Handwerk“ in Ziff. 2 inhaltlos und überflüssig sein. Die Übernahme der Be- und Verarbeitung für andere ist daher nur dann ein Handelsgewerbe, wenn der Betrieb sowohl seiner Art, wie auch seinem Umfang nach nicht handwerksmäßig geführt wird.[1])

3) Die Übernahme von Versicherungen gegen Prämie. Zwei Formen der Versicherung kommen hauptsächlich in Betracht, die Prämienversicherung und die Versicherung auf Gegenseitigkeit. Bei letzterer fehlt das Moment der Gewerbsmäßigkeit, weil die Versicherten zugleich die Versicherer sind, und die Einnahmen lediglich nur von Mitgliedern stammen.[2]) Wenn das Gesetz die unter Ziff. 3 fallenden Versicherungen Prämienversicherungen nennt, so geschieht dies, um darzutun, daß nur solche Versicherungen kaufmännischen Charakter haben, deren Tätigkeit gewerbsmäßig erfolgt. Ein sicheres Merkmal bietet im Uebrigen nicht der Ausdruck „Prämie“, da auch die Beiträge, welche bei den Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit zu zahlen sind, häufig Prämien genannt werden.[3]) Als Kennzeichen der Gegenseitigkeitsversicherung kann auch nicht angesehen werden, daß bei diesen die Prämien veränderlich sind und ihre Höhe von dem Ausfall der Geschäfte während des Geschäftsjahres abhängt,[4]) denn auch bei der Prämienversicherung wird häufig die Bestimmung getroffen, daß der Versicherte am Reingewinn des Unternehmens beteiligt ist, und sich die Höhe der Prämien nach der Höhe des erzielten Gewinnes richtet. Die Beteiligung am Gewinn vermag den Charakter der Prämienversicherung nicht aufzuheben, denn in Wirklichkeit stellt sie sich lediglich als eine nachträgliche Reduktion des zu zahlenden Betrages dar.[5]) Andererseits wird aber auch die Prämienversicherung im Sinne von

---

[1]) Vergl. Staub S. 67 und § 5 dieser Abhandl. . . .
[2]) Vergl. Ehrenberg S. 76 und Entsch. d. R. G. B. 14 S. 238.
[3]) Vergl. Behrend in der Zeitschr. f. Hndlsr. B. 55 S. 37.
[4]) Anders Goldschmigt S. 584.
[5]) Vergl. Behrend a. a. O.

§ 1 dadurch nicht ausgeschlossen, daß Nachschüsse erfordert werden dürfen.

Bei der Versicherung auf Gegenseitigkeit verpflichten sich die Mitglieder der Gesellschaft, den Schaden, den ein Gesellschaftsmitglied durch ein bestimmtes, aber ungewisses Ereignis erleidet, gemeinschaftlich zu tragen. Die Prämienversicherung dagegen beruht auf einem Vertrage, durch welchen der Versicherer verpflichtet wird, für die Gefahr eines bestimmten, aber ungewissen Ereignisses einzustehen und als Gegenleistung für die Übernahme der Gefahr, die vereinbarte Geldsumme zu verlangen, berechtigt ist.[1])

Die Unterscheidung der beiden Versicherungsarten hat durch das Gesetz vom 12. Mai 1901 über die Privatversicherungsunternehmungen sehr an Bedeutung verloren, da § 16 dieses Gesetzes bestimmt, daß die Vorschriften des ersten und dritten Buches H. G. B. mit Ausnahme der §§ 1—7 auf die Gegenseitigkeitsversicherungen Anwendung finden sollen. Hagen[2]) vertritt unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes vom 12. Mai 1901 die Ansicht, daß durch § 16 den Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit Kaufmannseigenschaft verliehen werden sollte. Diese Ansicht erscheint unrichtig, denn, wenn auf ein Rechtsinstitut Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen, die einem anderen Rechtsinstitut angehören, so ergibt sich hieraus nicht die Identität des ersten Rechtsinstituts mit dem zweiten. Der Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, wird deswegen, weil auf ihn die meisten Vorschriften des Auftrages zur Anwendung kommen, § 675 B.G.B., nicht zum Auftrag.[3])

Ferner ist auch im § 16 ausdrücklich bestimmt, daß diejenigen Bestimmungen, welche von der Kaufmannseigenschaft handeln (§§ 1—7 H. G. B.) nicht zur Anwendung kommen sollen.

Die Gesellschaften auf Gegenseitigkeit werden selbst dann nicht Kaufmannsgeltung haben, wenn sie im Handelsregister eingetragen sind, weil ihr Unternehmen nicht gewerblicher Natur ist.

4) Die Bankier- und Geldwechslergeschäfte.

Der Kreis dieser Geschäfte ist gesetzlich nicht begrenzt.

---

[1]) Vergl. Ehrenberg S. 77/78.
[2]) Hagen in d. Bl. f. Rpflg. 1902 S. 57.
[3]) Vergl. Müller J. W. 1905 S. 712.

Welche Geschäfte hierher gehören, bestimmt sich nach der im Verkehr herrschenden Auffassung. Auf Grund der Verkehrsanschauung sind nicht alle Geschäfte, welche gewöhnlich Bankiers vornehmen, als Bankiergeschäfte anzusehen, sondern nur diejenigen, welche dem Bankiergewerbe eigentümlich sind. Die Tätigkeit des Bankiers besteht in der Vermittelung des Umlaufes von Geld und Wertpapieren und in der Vermittelung des Kredits.[1])

I) Die Vermittelung des Geldverkehrs wird hauptsächlich durch die Anschaffung und Weiterveräußerung von Geld und Wertpapieren erreicht. Geschieht sie für eigene Rechnung, so konkurriert Ziff. 4 mit Ziff. 1, geschieht sie für fremde Rechnung, so fällt sie sowohl unter Ziff. 4, wie auch häufig unter Ziff. 6. Der Förderung des Geldumlaufs dient auch die Tätigkeit der Geldwechsler. Sie sind deshalb besonders erwähnt, um außer Zweifel zu stellen, daß der Umtausch von Münzsorten den alleinigen Gegenstand eines Handelsgewerbes bilden kann. Den Geldumlauf zu regulieren bezweckt nicht die Aufbewahrung von verschlossenen Depots, sie ist daher kein Bankier-Geschäft, sondern nur ein Hilfsgeschäft des Bankiergewerbes.[2])

II) Die zweite große Gruppe der Bankiergeschäfte besteht aus den Geschäften, welche der Vermittelung des Kredits dienen. Hierher gehören die Darlehnsgeschäfte in ihren zahlreichen juristischen Gestaltungen, gleichgültig, ob mit oder ohne Sicherheitsleistung des Empfängers das Darlehen gewährt wird. Der Inhaber von Pfandleihanstalten ist nicht Bankier, denn nach der Verkehrsanschauung gilt das Pfandleihgewerbe nicht als Zweig des Bankiergewerbes.[3])

Die beiden unter I und II erwähnten Gruppen der Bankiergeschäfte werden gewöhnlich kombiniert in demselben Betrieb vorkommen, erforderlich ist dies nicht.

5) Die Übernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See, die Geschäfte der Frachtführer und der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten, sowie die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer.

---

[1]) Vergl. Endemann S. 70. Lehmann Lehrb. S. 74. Entsch. d. O. R. H. G. B. 24 S. 35.

[2]) Goldmann S. 17.

[3]) Vergl. Endemann B. 2 S. 993. Behrend S. 121 Anm. 11.

a) Die Übernahme der Beförderung von Reisenden oder Gütern zur See.

Dieses Transportgeschäft wird in den §§ 556—676 H.G.B. geregelt. Während der Binnentransport von Personen nur dann Handelsgewerbe ist, wenn er in größerem Maßstabe betrieben wird, haben die Transportgeschäfte zur See schlechthin die Kaufmannseigenschaft zur Folge.

b) Die Geschäfte der Frachtführer.

Frachtführer ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, die Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern auszuführen. § 425 H. G. B. Diese Begriffsbestimmung lehnt sich an Art. 390 des A.D.H.G.B. an, weicht aber in der Fassung von ihr ab.[1])

c) Die Geschäfte der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten.

Der Personentransport zur See ist stets Grundhandelsgeschäft, der Binnentransport von Personen nur dann, wenn das Unternehmen in größerem Maßstabe betrieben wird. Dies ist dann der Fall, wenn nach Art und Umfang des Betriebs kaufmännische Einrichtungen erforderlich sind.[2]) Auch hier kommt derselbe Gedanke, den wir auch in den §§ 2 u. 4 finden zur Geltung, wonach Groß- und Kleinbetrieb sich durch das Erforderlichsein einer kaufmännischen Organisation unterscheiden.[3]) Der Begriff „Anstalt" deutet auf den Großbetrieb des Unternehmens hin, er erfordert aber selbstverständlich nicht, daß das Unternehmen von einer Gesellschaft betrieben werden oder mit Rechtsfähigkeit ausgestattet sein muß. Es ist immerhin möglich, wird aber nur selten vorkommen, daß der Geschäftsherr den Transport persönlich ausführt. Die persönliche Tätigkeit des Unternehmers wird gegen den Großbetrieb sprechen, kann aber durch andere Momente kompensiert werden.[4])

d) Die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer.

Der Schleppschiffahrtsunternehmer hat die Aufgabe, Schiffe nach einer bestimmten Richtung zu schleppen. Er unterscheidet sich vom Frachtführer dadurch, daß er

---

[1]) Wie in der Denkschrift S. 274 ausgeführt wird, soll die Aenderung des Wortlautes zum Ausdruck bringen, dass nicht nur derjenige Frachtführer ist, welcher die Beförderung des Frachtgutes selbst ausführt, sondern auch derjenige, welcher sie anderen Personen überlässt.

[2]) Staub S. 50.

[3]) Vergl. § 5 dieser Abhandlung.

[4]) Anders Noak in Busch's Arch. B. 2 S. 28.

nicht, wie dieser, den Besitz an dem zu transportierenden „Gute“ erlangt. Der Schleppschiffahrtsunternehmer ist auch dann Kaufmann, wenn sein Unternehmen nicht im großen Maßstabe betrieben wird.

6) Die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter.

a) Ueber die Begriffsbestimmung des „Kommissionärs“ gibt der § 353 H. G. B. Auskunft.

Kommissionär ist hiernach, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen zu kaufen oder zu verkaufen. Der Begriff des Kommissionärs ist im Vergleich zu dem früheren Rechte wesentlich eingeschränkt. Während nach dem A. D. H. G. B. jeder Kommissionär war, der gewerbsmäßig im eignen Namen für fremde Rechnung Handelsgeschäfte abschloß, betreibt nach heutigem Rechte nur der Ein- und Verkaufskommissionär ein Handelsgewerbe. Nach früherem Rechte wurde dem Kommissionär deswegen die Kaufmannseigenschaft verliehen, weil er durch seine Tätigkeit das kaufmännische Unternehmen eines anderen unterstützte. Seine Kaufmannseigenschaft war eine abgeleitete. Bei der Neuredaktion des H. G. B. ging man bei der Verleihung der Kaufmannseigenschaft von der Person des Kommissionärs aus, man nahm an, daß er deshalb dem Handelsstande angehöre, weil er ebenso, wie andere Kaufleute durch seine Vermittelung den Umsatz von Waren befördere.[1])

b) Die Geschäfte der Spediteure.

Die Begriffsbestimmung des „Spediteurs“ gibt § 407 H. G. B. Spediteur ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, die Güterversendung durch Frachtführer oder durch Verfrachter von Seeschiffen für Rechnung eines anderen im eignen Namen zu besorgen. Diese Begriffsbestimmung ist dem Art. 379 des A. D. H. G. B. entnommen, die Änderung des Wortlautes ist im wesentlichen redaktioneller Natur.

c) Die Geschäfte der Lagerhalter.

Lagerhalter ist, wer gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt. Diese Gruppe von Kaufleuten ist durch das geltende H. G. B. neu geschaffen worden.

---

[1]) Vgl. Denkschr. S. 247.

7) Die Geschäfte der Handlungsagenten und der Handelsmäkler.

Handlungsagent ist derjenige, der ohne als Handlungsgehülfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte zu vermitteln, oder im Namen des anderen abzuschließen. § 84 H. G. B.

Handelsmäkler ist, wer gewerbsmäßig für andere Personen, ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnißes ständig damit betraut zu sein, die Vermittelung von Verträgen über Gegenstände des Handelsverkehrs übernimmt. § 93 H. G. B. Nach Art. 274 No. 4 begründete die gewerbsmäßige Vermittelung, oder Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen die Kaufmannseigenschaft. Mit dieser Vorschrift verglichen erscheint das Anwendungsgebiet von Ziff. 4 teils weiter, teils enger. Es erscheint insofern enger, als nur die Vermittelungsgeschäfte der Agenten und Handelsmäkler sich als Grundhandelsgeschäfte darstellen, es erscheint weiter, weil die vermittelten Geschäfte nicht Handelsgeschäfte zu sein brauchten. Die Erweiterung des Kaufmannsbegriffes durch Ziff. 7 erklärt sich daraus, daß die absoluten Handelsgeschäfte des A. D. H. G. B. nicht in das H. G. B. aufgenommen worden sind, und der Gesetzgeber auch den Vermittlern von absoluten Handelsgeschäften die Kaufmannseigenschaft gewähren wollte. Zur Begründung der Einschränkung der Kaufmannseigenschaft in Ziff. 7 bemerkt die Denkschrift S. 12, ... andere Arten der gewerbsmäßigen Geschäftsvermittelung, als diejenige der Agenten und Mäkler rechnet der Entwurf nicht zum Handelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2. Wollte man entsprechend der bisherigen Bestimmung jede gewerbsmäßige Vermittelung oder Abschließung von Handelsgeschäften dahin zählen, so würde das mit Rücksicht auf dem § 334 des Entwurfs zu Grunde liegendem Begriff der Handelsgeschäfte zu dem Ergebnis führen, daß die Vermittelung von Geschäften, die zum Gewerbebetrieb eines Kaufmannes gehören, auch für den Vermittler die Eigenschaft als Kaufmann begründete; dieses aber ist in solcher Allgemeinheit keine genügende Grundlage für die Anerkennung der Kaufmannseigenschaft.

Eine weitere wichtige Neuerung des H. G. B. besteht in der Beseitigung des Institutes der amtlich bestellten

Vermittler von Handelsgeschäften.[1]) Es ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß auch der Privathandelsmäkler öffentlich rechtliche Befugnisse hat. Dieses ist z. B. bei den Kursmaklern der Fall, die den Börsenpreis von Waren und Wertpapieren festsetzen. In ihrer privatrechtlichen Tätigkeit sind sie Kaufleute.[2])

Das A. D. H. G. B. kannte keine Begriffsbestimmung des Handlungsagenten. Einmal spielte die Vermittelungstätigkeit des Handlungsagenten im wirtschaftlichen Verkehr nicht die Rolle, die ihr heute zukommt, andererseits schien der Begriff des Handlungsagenten wegen seiner Vieldeutigkeit sich einer begrifflichen Festlegung zu entziehen.[3]) *)

8) Die Verlagsgeschäfte, so wie die sonstigen Geschäfte des Buch- und Kunsthandels.

Von den Geschäften, mit denen sich der Verleger zu befassen pflegt, fallen nur gewisse unter Ziff. 8. Nach einer Entscheidung des R. G.[4]) besteht die wesentliche Tätigkeit des Verlegers in der Herstellung und Veröffentlichung von Druckschriften. Der Verlagsvertrag gehört nicht zu denjenigen Geschäften, deren Abschluss für den Verleger begriffsnotwendig ist. Auch wenn ein Urheberrecht an dem Werkvertrag nicht besteht, oder wenn der Verleger selbst der Urheber ist, sind im Falle der Herstellung und Vervielfältigung des Werkes die Voraussetzungen des Verlagsgeschäftes gegeben.[5])

Ein Verlagsgeschäft kann auch vorliegen, wenn der Verleger nicht unmittelbar am Gewinn und Verlust des Werkes beteiligt ist, er vielmehr nur von dem Autor, den Gewinn und Verlust treffen, (Commissions-Verlag) eine Provision oder eine feste Vergütung erhält.[6]) Dagegen sind Verträge, durch welche jemand anderen Personen die Aufführung eines Theater- oder Musikstückes gestattet,

---

[1]) Denkschr. S. 80.
[2]) Vgl. Düringer S. 523.
[3]) Vgl. Behrend § 55, Goldschmidt, § 40, u. Düringer S. 485.
*) Anmerkung: Trotzdem ist die in § 84 aufgestellte Begriffsbestimmung keine Neuschöpfung des H. G. B., sie lehnt sich vielmehr an seine vom Reichsgericht aufgestellte Definition des Handlungsagenten an. (Entsch. d. R. G., B. 4, S. 60.)
[4]) Vgl. Entscheid. d. R. G., B. 5, S. 67.
[5]) Vgl. die zitierte Reichsgerichtsentscheidung.
[6]) Vgl. Entsch. d. R. O. H. G., B. 16, S. 251.

nicht als Verlagsgeschäfte anzusehen, da dieses die Verbreitung körperlicher Sachen bezweckt.

Welche Geschäfte dem Buch- und Kunsthandel wesentlich sind, wird durch die kaufmännische Usance bestimmt. Hierher gehören z. B. die Geschäfte der Sortiments- sowie der Kommissionsbuchhändler, sowie der Kolporteure. Häufig werden diese Geschäfte schon nach anderen Rubriken des § 1 kaufmännischer Natur sein.[1])

9) Die Geschäfte der Druckereien, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht.

Unter Ziff. 9 fallen nur solche Druckereien, welche sich mit der Drucklegung von Werken künstlerischen, oder literarischen Inhalts befassen. Dies ergab sich unter dem A. D. H. G. B. aus der Zusammenstellung mit den Verlagsgeschäften und den Geschäften des Buch- und Kunsthandels und wird auch nach geltendem Rechte anzunehmen sein.[2])

Grundhandelsgeschäfte sind nicht die Geschäfte der nur handwerksmäßig betriebenen Druckereien.[3])

---

[1]) Düringer Hachenburg. S. 125.
[2]) Vgl. Düringer a. a. O.
[3]) Vgl. § 5 dieser Abhandlung.

§ 5.

Die Kaufleute kraft zwangsweiser Eintragung.

§ 2. H. G. B. verfolgt den Zweck, allen Personen, welche ein Unternehmen in großem Maßstabe betreiben, die Kaufmannseigenschaft zu gewähren. Maßgebend ist allein die Betriebsweise, unerheblich der Gegenstand des gewerblichen Unternehmens. Der Gesetzgeber hat hier das Prinzip der kasuistischen Aufzählung aller derjenigen Geschäfte, die Gegenstand eines Handelsgewerbes sein können, verlassen. Die Denkschrift bemerkt zur Begründung der im § 2 zum Ausdruck gelangten gesetzgeberischen Reform[1]): „Nach dem H. G. B. wird die Eigenschaft als Kaufmann ausschlieslich durch den gewerbsmäßigen Betrieb, der in den Art. 271, 272 bezeichneten Geschäfte begründet. Die Aufzählung dieser so genannten Grundgeschäfte des Handels leidet, wie jede derartige Kasuistik an einer gewissen Willkürlichkeit. Mit dem praktischen Bedürfnis und den Anschauungen des Verkehrs steht sie nicht überall im Einklang. Der Grund der meisten handelsrechtlichen Vorschriften beruht weniger auf einer besonderen Eigentümlichkeit der einzelnen Geschäftsoperationen, aus denen sich der Handelsbetrieb zusammensetzt, als vielmehr auf der Art dieses Betriebes selbst, namentlich auf dem Zusammentreffen zahlreicher, sich gegenseitig bedingender Geschäfte, die eine rasche und sichere Abwickelung erfordern und zugleich im Interesse aller Beteiligkeiten eine gewisse Übersichtlichkeit und Erkennbarkeit der geschäftlichen Verhältnisse des Unternehmens notwendig machen. Haben sich auch diese Bedürfnisse am frühesten und entschiedensten in dem zum Handel im engeren Sinne gehörenden Verkehr geltend gemacht, so sind doch mit der fortschreitenden gewerblichen Entwickelung ähnliche Verhältnisse bei vielen anderen Arten gewerblicher Unternehmungen hervorgetreten."

---

[1]) Denkschr. S. 6.

Da es mithin auf den Gegenstand des Unternehmens nicht ankommt, können auch die sogenannten Urproduzenten und Grundstückshändler gemäß § 2 H. G. B. Kaufleute werden. Art. 275 A. D. H. G. B. ist beseitigt.

Die Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft gemäß § 2, H. G. B. sind dreifacher Natur:

1) vorausgesetzt wird einmal ein gewerbliches Unternehmen,

2) dieses Unternehmen muß seiner Art und seinem Umfang nach kaufmännische Einrichtungen erfordern,

3) außerdem muß der Unternehmer in das Handelsregister eingetragen sein.

1) Im § 1 ist der Ausdruck „Gewerbebetrieb" verwendet, während im § 2 statt dessen der Ausdruck „gewerbliches Unternehmen" gewählt ist.

Ebenso wie der Begriff „Anstalt" im § 1 No. 5, deutet auch das Wort „Unternehmen" auf einen größeren Umfang hin, ohne daß im übrigen zwischen den Begriffen „Gewerbebetrieb" und „gewerbliches Unternehmen" ein Unterschied besteht.[1]) Da die Begriffe „Gewerbebetrieb" und „gewerbliches Unternehmen" im wesentlichen identisch sind, kann auch nach § 2 ein Rechtsanwalt, Arzt und andere Personen, deren Tätigkeit in der Ausübung eines künstlerischen, wissenschaftlichen, literarischen Berufes besteht, Kaufmannseigenschaft nicht erlangen.

2) Das Unternehmen muß kaufmännische Einrichtungen erfordern. Der Betrieb ist dann kaufmännisch organisiert, wenn in ihm diejenigen Vorkehrungen getroffen sind, die zum Zwecke der Erhaltung der Ordnung und Übersichtlichkeit sich im kaufmännischen Verkehr herausgebildet haben. Die wichtigste kaufmännische Einrichtung ist eine ordnungsmäßige Buchführung. Ferner gehört hierher die Aufbewahrung der Korrespondenz, die regelmäßige Bilanzziehung und Inventur.[2])

Zu beachten ist jedoch, daß es nicht darauf ankommt, ob das Unternehmen tatsächlich kaufmännische Einrichtungen hat, sondern darauf, ob solche erforderlich sind, und zwar muß das Bedürfnis nach einer kaufmännischen Organisation sowohl wegen der Art, als auch wegen des Umfanges des Unternehmens bestehen. Ein

---

[1]) Vgl. Makower, S. 29.
[2]) Vgl. Staub, S. 57, Lehmann Ring a. a. O.

lebhafter Streit knüpft sich an die Frage, was unter „Art“ zu verstehen ist, während über die Bedeutung des Begriffes Umfang im allgemeinen Übereinstimmung besteht. Unter Umfang des Unternehmens ist ein erheblicher quantitativer Inhalt zu verstehen,[1]) der vorhanden sein kann, wenn viele Geschäfte von geringer Bedeutung oder wenige Geschäfte von größerer Bedeutung abgeschlossen werden.

Unter „Art“ versteht die herrschende Meinung die Betriebsweise des Unternehmens, sie geht von der Auffassung der Denkschrift aus.[2])

Zu einem ganz abweichenden Ergebnis kommt Lastig.[3]) Er versteht unter dem Ausdruck „Art“ im § 2 nicht die kaufmännische Betriebsweise, sondern meint, daß das Wort „Art“ darauf hinweise, daß der Gegenstand des Unternehmens kaufmännischer Natur sein müsse. Er deduziert folgendermaßen: Die Grundlage aller Arten von Handelsgewerben ist der Warenhandel. Alle anderen Arten kaufmännischer Unternehmungen haben sich unmittelbar oder mittelbar aus diesem entwickelt und entwickeln sich weiterhin nach dem Prinzip der Arbeitsteilung fortgesetzt aus ihm;[4]) insbesondere sind auch die im § 1 Abs. 2 genannten Gewerbebetriebe aus dem eigentlichen Warenhandel zur Entstehung gelangt, dessen Unternehmer als der eigentliche Kaufmann anzusehen ist.[5])

Nach Lastig will der § 2 nur solche Gewerbebetriebe dem Handelsrecht unterstellen, die sich neben den im § 1 Abs. 2 genannten Gewerben direkt oder indirekt aus dem Warenhandel entwickelt haben.[6]) Ob dies der Fall ist, will er dem Gutachten der Kaufleute überlassen, da diese am besten fühlen würden, ob ein Gewerbebetreibender ihr Berufs- oder Standesgenosse wäre, oder nicht.[7])

Die von Lastig aufgestellte Theorie hat auf den ersten Blick viel Bestechendes. Folgt man ihr, so scheint

---

[1]) Vgl. Staub S. 58.
[2]) Vgl. die zitierte Stelle der Denkschr. S. 6.
[3]) Vgl. Lastig a. a. O.
[4]) Vergl. Lastig S. 43
[5]) Vgl. Lastig S. 35.
[6]) Vgl. Lastig S. 43.
[7]) Derselben Ansicht wie Lastig, Marcus in Holdheims Monatsschrift B. 13. S. 196 und im „Recht“ 1904 S. 11 Neucamp, im Recht 1910 S. 156 ff Entsch d. Kammer für Handelssachen B. 10 S. 203. Gegen Lastig, Staub § 2 Anm. 2. Keyssner in der Zeitschr. f. Hndlsr. B. 55 S. 285 Lehmann in d. Ztschr. f. Hndlsr. B. 54 S. 596, Kaufmann S. 49 u. Kammergericht in OLGR. B. 8. S. 89.

der unmittelbare Zusammenhang zwischen der geschichtlichen Entwickelung und der Erweiterung des Kaufmannsbegriffes durch die Bestimmung des § 2 gegeben und einer allmählichen Entwickelung der Weg gezeigt. Trotzdem kann der Ansicht von Lastig nicht beigestimmt werden. Sie verstößt gegen die ausgesprochene Tendenz des § 2, die auch in der bereits zitierten Stelle der Denkschrift hervorgeht, nach welcher auf Grund des § 2 alle Gewerbetreibenden, für deren Unternehmen die Notwendigkeit einer kaufmännischen Organisation besteht, ohne Rücksicht auf den Gegenstand der Erwerbstätigkeit Kaufmannseigenschaft erlangen können. Mit Recht bemerkt Lehmann, daß die von Lastig[1]) beliebte Auslegung das Anwendungsgebiet des § 2 wesentlich einschränken und das Ziel der Reform vereiteln würde. Der historische Nachweis, daß ein Gewerbe dem Warenhandel entstammt, wird häufig schwer zu führen sein,[2]) die Ansicht der Kaufleute über den historischen Zusammenhang werden häufig divergieren und nicht eine genügende Grundlage für die Annahme eines solchen gewähren können.

Auch der Wortlaut des § 2 läßt klar erkennen, daß die Ansicht von Lastig unrichtig ist. Nach § 2 muß das Unternehmen so beschaffen sein, daß es nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert. Denn, versteht man unter „Art", wie Lastig will, das Object des Gewerbes, so wäre es nicht zu verstehen, daß ein Unternehmen deswegen, weil der Gegenstand desselben kaufmännischer Natur ist, auch kaufmännische Einrichtungen erfordern könnte. Auch der „eigentliche Kaufmann", dessen Tätigkeit auf den Umsatz von Waren gerichtet ist, ist lediglich deshalb, weil der Gegenstand des Gewerbebetriebes kaufmännischer Natur ist, zur Einführung einer kaufmännischen Organisation nicht genötigt. Auf diesem Standpunkt steht auch H. G. B. im § 4, da es auch die Gewerbetreibenden des § 1 Ziff. 1, sofern diese Gruppe von Kaufleuten zu den Kleingewerbetreibenden gehört, von der Pflicht ordnungsmäßiger, kaufmännischer Buchführung, der Grundlage jeder kaufmännischer Organisation, befreit. Das Bedürfnis nach einer kaufmännischen Organisation ergibt sich nicht aus

---

[1]) Anm. in d. Ztschr. für Handelsr. B. 55 a. a. O.
[2]) Vgl. Staub a. a. O.

dem kaufmännischen Charakter der abgeschlossenen Geschäfte, sondern aus der kaufmännischen Betriebsweise.

Eine andere, von der herrschenden Meinung abweichende Ansicht geht dahin, daß das Wort „Art" überflüssig sei und gestrichen werden könnte. Diese Ansicht hat Staub in der 6. Auflage seines Kommentars [1] vertreten, sie aber später selbst wieder aufgegeben. Einige Schriftsteller sind der ursprünglichen Ansicht von Staub beigetreten.[2] Indessen sind Art und Umfang nach dem Sprachgebrauch verschiedene Begriffe, es ist daher schwer anzunehmen, daß das H. G. B. sie als identisch behandele, oder dem Worte „Art" nicht eine besondere Bedeutung hätte beimessen wollen. Wäre der Gesetzgeber dieser Ansicht, so hätte er den Ausdruck „Art" im § 2 nicht angewandt.

Zwar ist Opet darin Recht zu geben, daß durch den Begriff „Art" nicht hervorgehoben werden soll, daß die Land- und Forstwirte sowie Personen, welche wissenschaftliche, oder künstlerische Berufe ausüben, auch gemäß § 2 nicht Kaufmannseigenschaft erlangen können. Eine Bestimmung dieses Inhalts wäre überflüssig gewesen, da die Erwerbszweige, welchen die obengenannten Personen obliegen, niemals handelsgewerblicher Natur sein können. Aber aus einem anderen Grunde schien es erforderlich, zu betonen, daß das Unternehmen sowohl seiner Art, wie auch seinem Umfang nach kaufmännische Einrichtungen erfordern müsse. Es kann sehr wohl sein, daß das Unternehmen einen sehr großen Umfang erlangt, aber seinem Charakter nach kaufmännische Einrichtungen nicht erforderlich sind, so, wenn trotz Großbetriebes die Verhältnisse so durchsichtig geblieben sind, daß besondere Vorkehrungen zur Aufrechterhaltung und Übersichtlichkeit des Unternehmens nicht erforderlich sind. Andererseits ist es möglich, daß ein Unternehmen zwar seiner Art nach der kaufmännischen Organisation bedarf, daß die Einführung derselben aber vom Gesetze nicht verlangt wird, weil wegen des geringen Umfanges des Unternehmens die Vermögensinteressen, die in Frage kommen, zu geringfügig erscheinen.[3]

---

[1]) Vgl. Staub 6. Aufl. § 2 Anm. 7.

[2]) Vgl. Pruggmayer S. 106, Opet in d. Ztschr. f. Hndlsr. B. 49 S. 52, Munk in Gruchow B. 40 S. 704.

[3]) Vergl. Staub S. 88 und der dort zitierten Entschdg. Kaufmann S. 28. Lotze in Gruchow B. 44, S. 406. Ritter, allgem. Lehren d. H. R., S. 13.

Aus dem zuletzt angeführten Argumente geht auch die Unrichtigkeit der Ansicht von Kukuk-Rottweil[1]), der § 2 so auslegen will, als wenn der Gesetzgeber statt Art und Umfang die Worte Art oder Umfang gebraucht hätte.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß das Unternehmen sowohl seiner Art, als auch seinem Umfange nach einer kaufmännischen Organisation bedürfen muß, um die Eintragungsverpflichtung in das Handelsregister zu begründen.

3) Das Unternehmen ist erst dann handelsgewerblicher Natur, wenn die Firma des Ueternehmers in das Handelsregister eingetragen ist. Die Eintragung ist dem freien Belieben des Unternehmers entzogen, es besteht für ihn eine öffentlich rechtliche Pflicht, seine Firma eintragen zu lassen. Die Erfüllung dieser Pflicht kann durch Ordnungsstrafen gemäß § 14 H. G. B. und § 132 F. G. G. erzwungen werden. Die Eintragung der Firma hat im Falle des § 2 ausnahmsweise konstitutive Wirkung. Weitere Erfordernisse sind im § 2 nicht aufgestellt; es ist also beispielsweise nicht Bekanntmachung der Firma zur Begründung der Kaufmannseigenschaft gemäß § 2 erforderlich. Ist die Firma eingetragen worden, die ordnungsgemäße Bekanntmachung derselben aber nicht erfolgt, so kann der Unternehmer einem dritten gegenüber Rechte aus der Eintragung nur dann geltend machen, wenn sie nachgewiesenermaßen dem dritten bekannt war. § 15 Abs. 1. Aber auch, wenn die Publikation der Eintragung erfolgt ist, braucht ein Dritter sie nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn er, was von ihm zu beweisen ist, ohne sein Verschulden von ihr keine Kenntnis hatte. § 15 Abs. 2.

4) Der Richter ist vor der Eintragung verpflichtet, nachzuprüfen, ob die formellen Voraussetzungen für die Firmeneintragung erfüllt sind, z. B., ob der Antragsteller zur Anmeldung der Firma berechtigt, ob die Anmeldung in der gehörigen Form erfolgt ist. Der Richter wird auch eine Darlegung der geschäftlichen Verhältnisse des Unternehmers verlangen müssen, um prüfen zu können, ob die Voraussetzungen für die Eintragung gemäß § 2 gegeben sind. Dagegen ist es zweifelhaft, ob und inwieweit der Richter verpflichtet ist, Ermittelungen über die Richtigkeit der von dem Anmeldenden abgegebenen Erklärungen vorzunehmen.

---

[1]) Vergl. Holdheim B. 13, S. 128.

Makower[1]) hält den Richter weder für berechtigt noch für verpflichtet, die Richtigkeit der Erklärungen nachzuprüfen; er will dem Richter eine Ermittelungspflicht nur dann auferlegen, wenn besondere Zweifelsgründe gegeben sind.[2]) Staub nimmt dagegen an, daß der Richter die Pflicht hat, vor der Eintragung der Firma gemäß § 2 die Richtigkeit der für die Eintragung erheblichen Tatsachen festzustellen. Für seine Ansicht,[3]) die von den meisten Schriftstellern geteilt wird, sprechen durchschlagende Gründe. Ist eine tatsächlich ungerechtfertigte Firmeneintragung zustande gekommen, so ist die Eintragung keineswegs wirkungslos. Nach § 5 erlangt der eingetragene Gewerbetreibende Kaufmannsgeltung auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 2 nicht vorhanden sind. Es kann aber nicht in das Belieben der Parteien gestellt werden, durch Angabe eines unrichtigen Sachverhalts sich Kaufmannsgeltung zu verschaffen. Mit Recht bemerkt Staub, daß auch auf Grund des § 142 F. G. G., nach welcher der Registerrichter von Amts wegen eine Firma löschen muß, wenn ihre Eintragung in das Handelsregister unzulässig war, anzunehmen ist, daß der Richter die von den Parteien angeführten Behauptungen auf ihre Richtigkeit zu prüfen verpflichtet ist. „Denn hierdurch gibt das Gesetz deutlich zu erkennen, daß es das Handelsregister möglichst frei von unrichtigen Eintragungen haben will".[4]) Es ist daher anzunehmen, daß § 12 F. G. G. sich auch auf die Tätigkeit des Registerrichters bei Eintragungen in das Handelsregister erstreckt.[5])

Nach Staub a. a. O. kann das Gericht, wenn es die Überzeugung von der Richtigkeit der von den Parteien abgegebenen Erklärungen hat, auch bei der konstitutiven Eintragung gemäß § 2 von einer Beweisaufnahme absehen. Dies ist zweifellos richtig, überflüssige Beweisaufnahmen werden auch nicht durch den § 12 F. G. G. angeordnet. Andrerseits wird es aber nur selten vorkommen, daß das Gericht ohne weitere Erhebungen über die Richtigkeit des behaupteten Sachverhalts ein Urteil sich zu bilden in der Lage ist. Dies wird immer nur dann der Fall sein, wenn die Richtigkeit der für die Eintragung erheblichen Tatsachen gerichtsbekannt sind.

---

[1]) Makower S. 32.
[2]) Aehnlich Cosack S. 77
[3]) Düringer-Hachenburg S. 189. Lehmann-Ring S. 57. Hollaender S. 9 Telgmann S. 8. Vergl. auch O. L. G., B. 11, S. 273.
[5]) Vergl. Staub S. 85.
[4]) Anders Adami S. 16.

§ 6.

Können Handwerker gemäß § 2 H. G. B. Kaufmannseigenschaft erlangen?

An die Frage, ob der Handwerker nach § 2 Kaufmannseigenschaft erlangen kann, knüpft sich eine lebhafte Kontroverse. Die Entscheidung derselben hängt von der Begriffsbestimmung des Handwerks ab.

Die Rechtssprechung des Reichsgerichts und der meisten Oberlandesgerichte sieht den Unterschied zwischen dem handwerksmäßigen und fabrikmäßigen Betrieb sowohl in der Art, als auch in dem Umfange des Unternehmens und nimmt an, daß, wenn der Betrieb nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen nicht erfordert. ein handwerksmäßiges, anderenfalls ein fabrikmäßiges Unternehmen vorliegt.[1]) Als Kriterien für den handwerksmäßigen Betrieb werden angesehen: die Art der Produktionsmittel, das Maß der Arbeitsteilung und der persönlichen Tätigkeit des Geschäftsherrn, die Beschaffenheit der Arbeitsräume, die Höhe des in Anspruch genommenen und gewährten Kredits, die Höhe des in dem Unternehmen angelegten Kapitals.[2]) In der Literatur steht auf dem vom Reichsgericht vertretenen Standpunkte hauptsächlich Staub a. a. O.[3])

Nach Düringer-Hachenburg unterscheidet sich der handwerksmäßige und fabrikmäßige Betrieb nur durch die Art der Produktionsmethode, dagegen nicht durch den Umfang. Unter handwerksmäßiger Produktionsmethode versteht Düringer-Hachenburg dieselben, oder doch ganz ähnliche Kriterien, die auch nach Staub die Art des handwerksmäßigen Betriebes kennzeichnen. Die von Düringer-Hachenburg vertretene Ansicht ist in der Literatur die vorherrschende.[4])

---

[1]) Vergl. Makower S. 25 und die dort zitierten Entscheidungen.
[2]) Vergl. Staub S. 67.
[3]) Derselben Ansicht, wie Staub sind Abraham S. 7 und Bovensipen S. 21.
[4]) Vergl. Neukamp Recht 1910 S. 146 f. f. Goldmann S. 29. Dove S. 308. Makower S. 38. Lehmann-Ring S. 39.

Staubs Auffassung von dem Begriff des handwerksmäßigen Betriebes unterscheidet sich im wesentlichen von dem der vorgenannten Schriftsteller darin, daß Staub den geringen Umfang des Betriebes und das Nichterforderlichsein einer kaufmännischen Organisation für das handwerksmäßige Unternehmen für wesentlich erachtet.

Wenden wir uns zunächst der Frage zu, ob, wie Staub meint, der geringe Umfang des Betriebes ein wesentliches Kriterium des handwerksmäßigen Betriebes ist. Hier geben uns der § 1 Ziff. 2 und 9 Auskunft. Wenn es im § 1 heißt, daß ein Handelsgewerbe im Sinne Ziff. 2 und 9 nur dann gegeben ist, wenn der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht, so geht hieraus mit voller Deutlichkeit hervor, daß das Gesetz nur denjenigen Betrieb als handwerksmäßigen ansieht, der einen gewissen Umfang nicht überschreitet. Ein weiteres Argument für die Ansicht von Staub geben auch die Gegner derselben durch die von ihnen gegebenen Begriffsbestimmung der handwerksmäßigen Betriebsart; die von ihnen angeführten Momente, die für die handwerksmäßige Betriebsart entscheidend sind, sind normaler Weise nur dann gegeben, wenn der Betrieb einen geringen Umfang hat.[1])

Auch der Sprachgebrauch erkennt einen fabrikmäßigen Betrieb von sehr geringem Umfang ebensowenig an, wie einen handwerksmäßigen Betrieb von sehr großem Umfang.

Wann ein Betrieb seiner Art nach handwerksmäßig geführt wird, darüber besteht im allgemeinen kein Streit, wenn auch die Wichtigkeit der einzelnen, für die handwerksmäßige Betriebsart sprechenden Momente verschieden gewürdigt wird.

Wir kommen also zu dem vorläufigen Ergebnis, daß sowohl das handwerksmäßige, wie auch das fabrikmäßige Unternehmen durch die Betriebsweise und den Umfang gekennzeichnet wird. Ein sicheres Unterscheidungsmerkmal zwischen dem handwerksmäßigen und fabrikmäßigen Betrieb, haben wir hierdurch aber noch nicht gewonnen. Denn, wenn wir auch festgestellt haben, daß zu dem Begriff „Handwerk“ ein geringerer Umfang und eine gewisse Art der Betriebsweise wesentlich ist, so fehlt es doch an einem einigermaßen sichern Maßstabe

[1]) Vergl. z. B. die Begriffsbestimmung des handwerksmässigen Betriebes durch Düringer-Hachenburg, Makower, Lehmann-Ring a. a. O.

dafür, wann der handwerksmäßige Betrieb seiner Art und seinem Umfang nach in den fabrikmäßigen übergeht.

Um das Prinzip zu finden, nach welchem eine zuverlässige Grenzziehung zwischen dem handwerksmäßigen und dem fabrikmäßigen Betrieb zu erreichen ist, müssen wir noch einmal auf die „Art" der handwerksmäßigen und fabrikmäßigen Metode eingehen. Düringer-Hachenburg a. a. O. zählen unter anderen folgende für die Art des Betriebes maßgebende Faktoren auf:

Der Grad der Arbeitsteilung, die Art der in Benutzung stehenden gewerblichen Werkzeuge, die Zahl des beschäftigten Hülfspersonals, der Umfang des gegebenen und beanspruchten Kredits, wie überhaupt die Gestaltung der geschäftlichen Verhältnisse.

Diese Merkmale, oder doch Merkmale ähnlicher Natur sind auch für die Beantwortung der Frage maßgebend, wann ein Betrieb seiner Art nach kaufmännische Einrichtungen verlangt. Es wird der Gedanke nahe gelegt, daß zwischen § 2 und 4 H. G. B. ein engerer Zusammenhang besteht, und daß dieselben Kriterien, welche darüber entscheiden, ob ein Großbetrieb im Sinne des § 2 vorliegt, oder nicht, auch dafür maßgebend sind, ob ein handwerksmäßiger oder fabrikmäßiger Betrieb vorliegt. Von diesem Gegensatzverhältnis zwischen den §§ 2 u. 4 geht Staub a. a. O. aus, wenn er den handwerksmäßigen Betrieb als ein Unternehmen definiert, das nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen nicht erfordert. Diese Auffassung wird auch durch die Tendenz der beiden Bestimmungen, sowie auch durch ihre Entstehungsgeschichte gerechtfertigt. Der § 2 will diejenigen Unternehmungen, deren Betrieb einer kaufmännischen Organisation bedarf, dem Handelsrecht unterstellen und sie zur Einführung kaufmännischer Einrichtungen, insbesondere der wichtigsten, nämlich der kaufmännischen Buchführung, zwingen.

Umgekehrt hat der § 4 die Tendenz, alle diejenigen Personen, die als Kleingewerbetreibende und als Handwerker einer kaufmännischen Organisation nicht bedürftig sind, von dem Zwange der kaufmännischen Buchführung, der Grundlage der kaufmännischen Organisation zu befreien. Die §§ 2 u. 4 verfolgen somit entgegengesetzte Tendenzen. Aus diesem Gegensatzverhältnis ergibt sich, daß dieselben Momente, welche das Erforderlichsein

einer kaufmännischen Organisation bedingen und den Eintragungszwang gemäß § 2 begründen, im Falle des § 4 nicht gegeben sein dürfen. Die Staubsche Ansicht, nach welcher derjenige Betrieb handwerksmäßig geführt wird, der seiner Art und seinem Umfang nach kaufmännischer Einrichtungen nicht bedarf, ist somit richtig, zumal auch die Entstehungsgeschichte der §§ 2 und 4 für seine Auffassung spricht.[1])

So heißt es in den Materialien zu § 5, S. 5: „Ein Gewerbebetrieb, welcher unter § 1, Abs. 2 fällt, ist vermöge der Vorschrift des § 4, Abs. 1 in das Handelsregister einzutragen, wenn der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht, also wenn zugleich die Voraussetzungen des § 2 vorliegen"; es kann keinem Zweifel unterliegen, daß diese Begründung von der Einheitlichkeit der Begriffsbestimmung in den §§ 2 und 4 ausgeht.

Die Staubsche Ansicht ist in der Literatur lebhaft bekämpft worden. Es ist eingewandt worden, daß, wenn der Gesetzgeber von der Staubschen Auffassung ausgegangen wäre, er die Begriffe „Handwerker" und „Kleingewerbetreibende" in die Bestimmung des § 4 nicht eingeführt hätte. Statt der jetzigen Fassung wäre etwa im § 4 gesagt worden, daß die besonderen, für Vollkaufleute gegebenen Vorschriften auf solche Gewerbetreibende, deren Betrieb und Umfang kaufmännische Einrichtungen nicht erfordert, nicht Anwendung zu finden hätten.[2])

Die genannten Schriftsteller sind der Ansicht, daß die Hervorhebung der Handwerker neben den Kleingewerbetreibenden eine überflüssige Tautologie wäre, wenn Handwerker und Kleingewerbetreibende dieselben Kriterien aufwiesen. Indessen erklärt sich die Fassung des § 4 H. G. B. historisch im Hinblick auf die ähnliche Ausdrucksweise im Art. 10 des A. D. H. G. B. Die Hervorhebung der Handwerker neben den Kleingewerbetreibenden lag schon deswegen nahe, weil für letztere im § 4 Abs. 3 eine besondere Bestimmung getroffen ist.[3]) Von einer Tautologie kann schon deswegen nicht die Rede sein, weil die Begriffe „Handwerker" und „Kleingewerbetreibende" nicht dieselbe Bedeutung haben. Beiden sind nur die

---

[1]) Vgl. Staub in d. D. J. Z. 1908 S. 429.

[2]) Vgl. Neukamp im Recht 1910 S. 154, Kukuk-Rothweil B. 13 S. 125 in Holdheim, Lotze in Gruchow B. 44 S. 409.

[3]) Vgl. Staub a. a. O.

negativen Kriterien, das Nicht-Erforderlichsein einer kaufmännischen Organisation gemeinsam.

Weiter führt Neukamp a. a. O. gegen Staub an, daß, wie allgemein anerkannt, § 4 sich nur auf solche Gewerbebetriebe beziehe, die eins der im § 1 aufgezählten Gewerbe betrieben, § 2 dagegen auch solche Personen, die eine andere Art von Geschäften betrieben als die im § 1 aufgezählten. Schon hieraus ergebe sich, daß man § 2 und 4 nicht miteinander in Verbindung bringen könne, da man sonst ungleiches gleichsetzen würde. Mit anderen Worten: Neukamp will den Gegensatz zwischen den §§ 2 und 4, auf dem die Einheitlichkeit der Begriffsbestimmung beruht, in Abrede stellen, weil die im § 4 aufgeführten Gewerbebetriebe einer ganz anderen Kategorie angehörten, als diejenigen, auf welche sich § 2 bezieht. Indessen besteht der Gegensatz zwischen § 2 und 4 unzweifelhaft. § 2 will gewisse Gewerbetreibende, welche einer kaufmännischen Organisation nicht bedürfen, von der Eintragung in das Handelsregister ausschließen, § 4 dagegen will gewisse Gewerbetreibende, für welche die Notwendigkeit einer kaufmännischen Organisation besteht, zur Eintragung verpflichten. Der Gegensatz, der zwischen § 2 und § 4 vorhanden ist, setzt keineswegs voraus, daß die Gewerbetreibenden des § 2 dieselbe Art von Geschäften betreiben, als die des § 4.

Lotze meint,[1]) daß, wenn für den Begriff des Kleingewerbes das Nichterforderlichsein einer kaufmännischen Organisation maßgebend wäre, eine Begrenzung des Kleingewerbes auf Grund der Besteuerung, wie sie § 4, Abs. 3 vorsieht, unmöglich sei. Denn ein Steuergesetz, aus dem erkennbar wäre, welche Zensiten im allgemeinen Interesse einer kaufmännischen Organisation, bedürfen, sei undenkbar. Dieser Einwand richtet sich zwar zunächst nur gegen die Staubsche Definition der Kleingewerbetreibenden, er trifft aber mittelbar auch die von ihm gegebene Begriffsbestimmung der „Handwerker", da beiden Kategorien die negativen Kriterien gemeinsam sind.

Durch § 4 erhält die Landesregierung nicht die Befugnis, den Begriff des Kleingewerbes umzugestalten, sondern nur seine schwankenden Grenzen festzulegen, und zwar auch nur nach einer Richtung hin. Sie darf

---

[1]) S. 409 a. a. O.

nur bestimmen, wann ein Betrieb seinem Umfang nach[1] nicht als handwerksmäßig gilt. Ist auf Grund der Steuerleistung überhaupt eine Schätzung des Umfangs möglich, so muß auch auf Grund derselben schätzungsweise festgestellt werden können, wann ein Betrieb derartig umfangreich ist, daß er im allgemeinen Interesse kaufmännischer Einrichtungen bedarf. Der Einwand Lotzes greift also nicht durch.

Kann ein Handwerker auf Grund des § 2 Kaufmannseigenschaft erlangen? Für die Bejahung dieser Frage sind folgende Momente geltend gemacht worden: Aus § 2 geht deutlich hervor, daß für die Erlangung der Kaufmannseigenschaft lediglich die Betriebsweise ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens maßgebend ist. Von diesem Prinzip wird nur eine Ausnahme gemacht, die § 3 enthält. Daß durch § 4 eine weitere Ausnahme geschaffen werden soll, ist nicht anzunehmen. Durch diese Bestimmung soll lediglich verhütet werden, daß die Vorschriften über Firma, Procura auf Handwerker Anwendung finden sollen. Auch bestand bei der Aufnahme des § 2 bei dem Gesetzgeber die Absicht, durch diese Bestimmung die Bauhandwerker in den Kreis der Kaufleute zu ziehen. Die Bauhandwerker aber sind Handwerker.[2]

Die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht haben sich auf den Wortlaut des § 4 berufen, nach welchem Handwerker von der Eintragung in das Handelsregister ausgeschlossen, und ihnen somit der Weg, gemäß § 2 Kaufmannseigenschaft zu erlangen, versperrt ist. Auch heißt es in der Denkschrift S. 18, dass man bei der Abfassung des H. G. B. davon ausging, den Handwerkern ihre Sonderstellung zu erhalten. Nach bisherigem Recht war es aber den Handwerkern nicht möglich, ihre Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen.[3]

Vom Standpunkte der herrschenden Ansicht, die nur solche Gewerbebetriebe als handwerksmäßig ansieht, die nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen nicht erfordern, wird man zu dem Ergebnis kommen, daß ein Handwerker gemäß § 2 Kaufmannseigenschaft

---

[1]) Nicht auch seiner Art nach.

[2]) Vgl. Staub S. 59, Dernburg B. 1 S. 97, Entschdng. d. O. L. G. Naumburg in der Ztschr. f. Handel u. Gwrb. Jahrg. 8 S. 602.

[3]) Vgl. Kukuk-Rottweil in Holdheim B. 13 S. 125, Neukamp Recht 1910 a. a. O.

nicht erlangen kann. Staub[1]) meint zwar, daß auch der Handwerker dem Eintragungszwange unterliegt, wenn in seiner Person die Voraussetzungen des § 2 vorliegen. Den Erfordernissen des § 2 wird aber der Handwerker niemals genügen, da es grade zum Wesen des handwerksmäßigen Betriebes gehört, daß er wegen des geringen Umfanges und der nicht kaufmännischen Betriebsweise seines Unternehmens einer kaufmännischen Organisation nicht bedarf. Besteht für ihn die Notwendigkeit zur Einführung einer solchen, dann ist er nicht mehr Handwerker.

---

[1]) Staub S. 59.

§ 7.

Kaufleute kraft freiwilliger Eintragung.

Der § 3 H. G. B. schränkt das Anwendungsgebiet der §§ 1 und 2 ein, indem er anordnet, daß beide Bestimmungen auf den Betrieb der Land- und Forstwirtschaft keine Anwendung finden sollen. Die Ausschließung der Land- und Forstwirte vom Handelsrecht ist aber keine absolute. Betreibt ein Land- und Forstwirt ein Nebengewerbe, das kaufmännischer Einrichtungen bedarf, so kann er die Eintragung seiner Firma in das Handelsregister bewirken und dadurch Kaufmannseigenschaft erlangen. Es hängt von dem freien Belieben des Land- und Forstwirts ab, ob er seine Firma in das Handelsregister eintragen lassen will oder nicht, § 3 Abs. 2.

Gegen die Aufnahme der Bestimmung des § 3, insbesondere des Abs. 2 hatte sich eine lebhafte Opposition erhoben. Von der Handelskammer zu Dortmund[1]) wurde geltend gemacht, daß die grundsätzliche Ausschließung der Land- und Forstwirte gegen ihre eignen Interessen verstoße. Bei einem erheblichen Prozentsatz derselben, sei der Mangel der kaufmännischen Buchführung die Ursache der wirtschaftlichen Notlage. Dickel kommt in seinen Bemerkungen zu dem Entwurf eines H. G. B. (S. 36) nach eingehender Untersuchung der Frage, ob die Erlangung der Kaufmannseigenschaft für die Land- und Forstwirte von Nachteil sei zu folgendem Ergebnis: „Überblickt man die Folgen, welche sich aus der Kaufmannseigenschaft des Gutsbesitzers ergeben, so handelt es sich nur um weniges, was ihm nachteilig ist, um manches, was ihm Nachteil und Vorteil gewährt, also zweischneidig ist und um vieles, was von erheblichem Vorteil, gegebenen Falls ganz unentbehrlich ist.“ Der 23. Deutsche Handelstag[2]) bezeichnete das den Landwirten gewährte Privileg „als mit der Rechtsgleichheit unvereinbar.“ Indessen

[1]) Vgl. Maeder S. 53.
[2]) Vgl. Vrhndl. S. 7.

hatte die Opposition keinen oder doch nur einen sehr bescheidenen Erfolg. In die Reichstagsvorlage wurde als Schlußsatz des § 3 die Bestimmung aufgenommen, daß, wenn die Firma des Unternehmers eines landwirtschaftlichen Nebenbetriebes in das Handelsregister eingetragen worden ist, die Löschung derselben nur nach allgemeinen Grundsätzen erfolgt, also der Willkür des Unternehmers entzogen ist, im übrigen aber blieb die den Land- und Forstwirten gewährte Ausnahmestellung erhalten. Zur Rechtfertigung der Bestimmung des § 3 führt die Denkschrift Anm. S. 13 an, daß selbst der Großbetrieb sich in der Land- und Forstwirtschaft in Formen und unter Bedingungen vollziehe, welche von denen des kaufmännischen Verkehrs so wesentlich abweichen, daß die Grenze zwischen beiden Berufszweigen auch in rechtlicher Beziehung festgehalten werden müsse.

Die Ausschließung der Land- und Forstwirtschaft geht noch über das frühere Recht hinaus. Nach dem A. D. H. G. B. wurde der Grundsatz, daß ein Land- und Forstwirt als solcher ein Handelsgewerbe nicht betreiben könne, nicht vollkommen durchgeführt. Beispielsweise war derjenige Landwirt, der Magervieh zum Zwecke der Ausmästung und späteren Weiterveräußerung ankaufte, Kaufmann.[1]) Nach jetzigem Recht kann durch derartige Geschäfte die Kaufmanneigenschaft des Landwirts nicht begründet werden, wenn sich dieselben als Bestandteil dem landwirtschaftlichen Betriebe einordnen.

II. Unter Landwirtschaft versteht man diejenige Tätigkeit, die die Erzeugung und Verwertung von pflanzlichen oder tierischen Rohstoffen durch Bearbeitung des Grund und Bodens zum Gegenstande hat.[2]) Unter Forstwirtschaft versteht man denjenigen Zweig der Landwirtschaft im weiteren Sinne, der auf Erzeugung und Verwertung von Waldprodukten gerichtet ist.

In erster Linie gehört naturgemäß zum Betriebe der Landwirtschaft die Bebauung des Grund und Bodens, wie beispielsweise der Ackerbau, der Weinbau, der Gemüsebau u. s. w.

Auch die Viehzucht ist als landwirtschaftliche Tätigkeit anzusehen, wenn sie unter Ausnützung des Grund

---

[1]) Vgl. Denkschrift S. 14.

[2]) Vgl. v. d. Goltz in Schönbergs Handb. d. polit. Oekonomie S. Düringer-Hachenburg S. 137.

und Bodens betrieben wird d. h., wenn die Kreszens des Bodens zur Erhaltung der Tiere verwendet wird.[1])

Unter Forstwirtschaft fällt vor allem das planmäßige An- und Abforsten von Waldflächen.[2])

III. Der Land- und Forstwirt kann die Kaufmannseigenschaft nur dann erlangen, wenn mit dem land- und forstwirtschaftlichen Unternehmen ein nebengewerblicher Betrieb verbunden ist, welcher die Voraussetzungen des § 2 erfüllt, also nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert. Eine Legaldefinition des Begriffes „Nebengewerbe" hat der Gesetzgeber nicht gegeben. Da auch nach dem Sprachgebrauch der Begriff kaum einen bestimmten, feststehenden Inhalt hat, wird, so weit nicht der Wortlaut des § 3 über diesen Begriff Klarheit gibt, die ratio legis bei der Erklärung desselben von erheblicher Bedeutung sein.

Bei der Begriffsbestimmung des Nebengewerbes sind zwei Gesichtspunkte im Auge zu behalten. Der nebengewerbliche Betrieb muß einmal eine gewisse Selbstständigkeit besitzen, er darf nicht nur Bestandteil des forst- und landwirtschaftlichen Betriebes sein, andererseits darf die Selbständigkeit des Nebengewerbes nicht soweit gehen, daß dasselbe von dem landwirtschaftlichen[3]) Unternehmen unabhängig ist. Daß sich das Nebengewerbe auf den Betrieb der Landwirtschaft stützen muß, hat das Gesetz deutlich zum Ausdruck gebracht. Es verlangt einmal eine Verbindung zwischen dem landwirtschaftlichen Betrieb und dem Nebengewerbe und gibt ferner durch die Worte „nur ein Nebengewerbe des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs" zu erkennen, daß das Nebengewerbe von dem landwirtschaftlichen Betriebe abhängig sei, sich auf ihn stützen muß. In verschiedener Weise kann das Abhängigkeitsverhältnis zum Ausdruck kommen, z. B. dadurch, daß die landwirtschaftlichen Erzeugnisse in dem untergeordneten Betrieb verarbeitet werden, daß die Betriebsmittel des Hauptunternehmens auch für das Nebengewerbe verwandt werden, und daß die Abfälle des einen Unternehmens in dem anderen verwendet werden.[4])

---

[1]) Vgl. O. L. G. B. 14 S. 126.

[2]) Vgl. Staub S. 62.

[3]) Im Folgenden ist unter dem Begriff „Landwirtschaft" die Landwirtschaft in weiterem Sinne gemeint, unter welche auch die Forstwirtschaft fällt. Vgl. v. d. Goltz a. a. O.

[4]) Vgl. Düringer-Hachenburg S. 141.

Andererseits braucht der Zusammenhang nicht in der örtlichen Lage zum Ausdruck zu kommen, er ist auch gegeben, wenn die durch den Betrieb der Forstwirtschaft gewonnenen Erzeugnisse zum Zwecke der Verarbeitung nach einer entfernt liegenden Sägemühle versandt werden.[1])

Bei den Verhandlungen der Reichstagskommission ging man davon aus, daß ein Nebengewerbe im Sinne des § 3 Abs. 2 vorliege, wenn ausschließlich oder in der Hauptsache aus dem Grund und Boden des Landwirts stammende (anorganische) Bestandteile zur Gewinnung oder Verwertung gelangen.[2]) Die Literatur und Judikatur ist dieser Anschauung gefolgt,[3]) aber auch die entgegengesetzte Ansicht wird vertreten.[4]) Mit Bülow ist jedoch anzunehmen, daß, wenn im Nebengewerbe anorganische Bodenbestandteile zur Bearbeitung gelangen, der innere Zusammenhang mit dem landwirtschaftlichen Hauptunternehmen nicht vorhanden ist. Abgesehen von der Person des Unternehmers stehen beide Unternehmungen nur dadurch in Verbindung, daß der landwirtschaftliche Grund und Boden zu industriellen Zwecken benutzt wird. Diese Beziehungen sind rein äußerlicher Natur, aber selbst, wenn man sie für eine ausreichende „Verbindung" im Sinne des § 3 erachten würde, so fehlt jedenfalls das Moment der Abhängigkeit des Nebenbetriebes, welches § 3 ebenfalls, voraussetzt. Es ist nicht einzusehen, inwiefern der Nebenbetrieb die Landwirtschaft zur Voraussetzung hat, in ihr ihre Hauptstütze findet. Auch der Umstand, daß die in dem nebengewerblichen Betriebe erzielten Überschüsse dem landwirtschaftlichen Unternehmen, insbesondere der Kultivierung des landwirtschaftlichen Grund und Bodens zu gute kommen, vermag den inneren Zusammenhang zwischen den beiden Unternehmen und jedenfalls nicht die Abhängigkeit des Nebengewerbes zu begründen. In diesem Falle könnte man eher annehmen, daß das landwirtschaftliche Unternehmen von dem industriellen abhängig ist.

Die Abhängigkeit des Nebengewerbes darf nicht so weit gehen, daß es seine eigene Selbstständigkeit einbüßt und sich lediglich als ein „Bestandteil" des landwirt-

---

[1]) Anders Maeder S. 39.
[2]) Vgl. Kommissionsber. S. 8.
[3]) Vgl. Ritter im Archiv f. brgrl. Recht Band 20 S. 299, Düringer-Hachenburg S 247, Staub S. 63, O. L. G. B. 3 S. 402 u. B 6., S. 233.
[4]) So Bülow in Holdheim B. 8 S, 185, Maeder S. 27.

schaftlichen Betriebes darstellt. Wann liegt ein Bestandteil der Landwirtschaft, wann ein nebengewerbliches Unternehmen desselben vor?

Ritter a. a. O. sieht in der bloßen Bearbeitung von eignen landwirtschaftlichen Produkten einen Bestandteil der landwirtschaftlichen Tätigkeit, er nimmt dagegen Nebengewerbe an, wenn durch die Bearbeitung neue Gegenstände hervorgebracht werden.

Derselben Ansicht ist Maeder,[1] auch er meint, daß, wenn die fertigen Waren durch die Verarbeitung eine gewisse Selbstständigkeit gegenüber dem Urprodukt erlangt haben, ein Nebengewerbe vorliegt. Mit Recht führen Düringer-Hachenburg[2] gegen die von Ritter getroffene Unterscheidung an, daß sie zwar in vielen, aber nicht in allen Fällen zutrifft, da häufig auch die verarbeitende Tätigkeit, wie die Müllerei, in den Rahmen des landwirtschaftlichen Betriebes fällt. Es ist auch schwerlich anzunehmen, daß der Gesetzgeber den Begriff des Nebengewerbes von dem Grade, bis zu welchem die Bearbeitung gefördert wird, abhängig gemacht hat. Aus dem Begriff des Nebengewerbes folgt jedenfalls nichts für diese Ansicht. Nach Düringer-Hachenburg a. a. O. gibt nicht die Verwertungstätigkeit, sondern die Form, in der sie sich vollzieht, das Unterscheidungsmerkmal. Schließt sich die Tätigkeit zu einem gesonderten Ganzen zusammen, und stellt sie sich dadurch als ein zweiter Betrieb neben dem landwirtschaftlichen dar, so liege ein Nebengewerbe, anderen Falls nur ein Bestandteil des landwirtschaftlichen Hauptunternehmens vor. Ausnahmsweise könnten auch ganz einfache Tätigkeiten, wie Buttergewinnung, Viehmästung, Getreidereinigung unter den Begriff des Nebengewerbes fallen.[3]

Auch das von Düringer-Hachenburg angeführte Unterscheidungsmerkmal dürfte kaum als zutreffend zu erachten sein. Seine Auffassung würde dazu führen, bei besonders großen landwirtschaftlichen Unternehmen die einzelnen Tätigkeiten, aus denen sich der landwirtschaftliche Betrieb zusammensetzt, als Nebengewerbe anzusehen, da sie häufig die Form von selbstständigen Betrieben haben werden. Düringer-Hachenburg haben auch diese Folgerung gezogen,

---

[1] Vgl. Maeder S. 31.
[2] Vgl. Düringer-Hachenburg S. 137.
[3] Vgl. Düringer-Hachenburg S. 140.

indem sie annehmen, daß auch ganz einfache Bearbeitung, wie Buttergewinnung und Viehmästung unter den Begriff der nebengewerblichen Tätigkeit fallen, wenn sie sich ausnahmsweise als selbständige Betriebe darstellen Dieses ist kaum richtig, die angeführten Tätigkeiten sind rein landwirtschaftlicher Natur, die niemals Gegenstand des Nebengewerbes sein können. Die Konsequenz der Ansicht von Düringer-Hachenburg würde dazu führen, daß die Besitzer von großen landwirtschaftlichen Unternehmungen stets Kaufmannseigenschaft erlangen könnten. Dieses Ergebnis hat der Gesetzgeber zweifellos nicht gewollt. In der Denkschrift S. 13 heißt es, daß selbst der Großbetrieb sich in der Land- und Forstwirtschaft in Formen und unter Bedingungen vollziehe, die eine Unterordnung unter das Handelsrecht nicht gestatten. Es entspricht auch nicht der Verkehrsanschauung, daß dieselbe Erwerbstätigkeit, je nach der Organisation, welche ihr gegeben ist, bald als landwirtschaftlicher, bald als kaufmännischer Natur angesehen wird.

Die von Ritter und Düringer-Hachenburg gegebenen äußeren Kennzeichen werden nicht dafür maßgebend sein können, ob die Tätigkeit landwirtschaftlichen, oder nebengewerblichen Charakter hat. Allerdings wird man bei der Verschiedenheit der Fälle kaum allgemeine Grundsätze aufstellen können, nach denen sich stets eine sichere Unterscheidung zwischen landwirtschaftlichen Bestandteil und Nebengewerbe ermöglichen ließe. Man wird vielmehr immer von Fall zu Fall prüfen müssen, ob nach der Verkehrsauffassung die Tätigkeit landwirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter hat.

Entsprechend der Verkehrsauffassung sind Zucker-, Stärke- und Spiritusfabrikation dann Gegenstand eines landwirtschaftlichen Nebengewerbes, wenn die verarbeiteten Urprodukte ganz, oder doch in der Hauptsache von dem Landwirt gewonnen werden.

Das Nebengewerbe muß nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordern. Diese Voraussetzung des § 3 ergibt sich daraus, daß das Nebengewerbe nur dann handelsgewerblichen Charakter erhalten kann, wenn es den Erfordernissen des § 2 genügt; die kaufmännische Betriebsweise ist auch dann Voraussetzung der Kaufmannseigenschaft des Landwirts, wenn das Nebengewerbe auf den Betrieb von Grundhandelsgeschäften gerichtet ist.

Nicht nur das Nebengewerbe, sondern auch das landwirtschaftliche Hauptunternehmen wird von größerem Umfang sein müssen, da anderen Falls letzteres dem kaufmännischen Nebenbetrieb nicht den notwendigen Rückhalt wird geben können.

Das Nebengewerbe wird erst dann als Handelsgewerbe angesehen, wenn der Unternehmer die Eintragung der Firma in das Handelsregister bewirkt hat. Zu dieser Eintragung ist er berechtigt, aber nicht verpflichtet.

Wie aus dem Wortlaut des Gesetzgebers hervorgeht, erlangt der Unternehmer nur für das Nebengewerbe, nicht aber für das landwirtschaftliche Unternehmen die Kaufmannseigenschaft.[1])

IV. In ähnlicher Weise wie § 3 die Land- und Forstwirte, privilegiert § 36 die Unternehmungen des Reiches, eines Bundesstaates oder eines anderen inländischen Kommunalverbandes. Die Unternehmungen dieser öffentlich rechtlichen Korporationen sind zur Eintragung einer Firma berechtigt, aber nicht verpflichtet. Sie haben es daher in der Hand, beim Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 2 und 3 Kaufmannseigenschaft zu erlangen, oder von dem Erwerb derselben abzusehen. Betreiben sie jedoch gewerbsmäßig Grundhandelsgeschäfte, so sind sie auch dann Kaufleute, wenn sie den Firmeneintrag nicht bewirken, da in diesem Falle die Kaufmannseigenschaft nicht von der Registrierung der Firma abhängig ist.

[1]) Vgl. § 3 dieser Abhandlung.

§ 8.

Beginn und Erlöschen der Kaufmannseigenschaft kraft Gesetzes und kraft Eintragung.

Die Kaufmannseigenschaft beginnt naturgemäß dann, wenn die Voraussetzungen, die das Gesetz für sie aufstellt, gegeben sind. Die Kaufmannsgeltung kann bereits früher beginnen. Denn, ist die Firma eines Gewerbetreibenden eingetragen, so gilt er für die Dauer der Eintragung auch dann als Kaufmann, wenn die vom Gesetzgeber für die Kaufmannseigenschaft aufgestellten Erfordernisse nicht erfüllt sind, § 5 H. G. B.

Die Kaufmannseigenschaft erlischt, wenn eine Voraussetzung derselben fortfällt, so vor allem, wenn der Gewerbebetrieb eingestellt wird. Zweifelhaft ist, ob eine solche Einstellung stets im Falle der Konkurseröffnung angenommen werden muß. Die Kaufmannseigenschaft wird jedenfalls durch die Konkurseröffnung nicht tangiert, wenn der Kridar den Betrieb des Handelsgewerbes fortsetzt, und die von ihm vorgenommenen Geschäfte trotz der Konkurseröffnung gültig sind. Dies ist z. B. der Fall, wenn er sich mit kaufmännischen Vermittelungsgeschäften befaßt. Aber auch dann, wenn der Konkursverwalter für den Gemeinschuldner den Betrieb des Unternehmens fortsetzt, wird die Kaufmannseigenschaft durch den Konkurs nicht zerstört, da durch die Tätigkeit des Konkursverwalters der Gemeinschuldner berechtigt und verpflichtet wird, das Unternehmen also in seinem Namen weiter betrieben wird.[1])

Staub begründet seine gegenteilige Ansicht damit, daß „sich die Akte des Konkursverwalters als obrigkeitlicher Zwangsverkauf einer beschlagnahmten Vermögensmasse darstellt", widerlegt sich aber selbst, indem er an anderer Stelle[2]) erklärt: „Der Betrieb des Handelsgewerbes

[1]) So Düringer-Hachenburg S. 126, Lehmann Ring § 1 No. 34, anders Staub § 1 Anm. 25, Cosack S. 25, Jäger § 6 Anm. 22.

[2]) Staub S. 12.

braucht nicht auf freiem Entschlusse zu beruhen, vielmehr können auch Gesetze und Verträge auf die Art des Betriebes bestimmend einwirken, ohne daß die Kaufmannseigenschaft verloren geht". Als zweites Argument macht Staub geltend, „daß sie (die Akte des Konkursverwalters) ohne die Absicht einer dauernden Einnahmequelle den eng begrenzten Zweck verfolgen, die vorhandenen Schulden und die Verwaltungskosten zu decken".

Geht man von der hier vertretenen Ansicht aus, daß der Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist, so kommt man zu dem Resultat, daß der Gemeinschuldner, dessen Unternehmen von dem Konkursverwalter zum Zwecke der Versilberung der Masse fortgeführt wird, in gewisser Beziehung sich in ähnlicher Lage befindet, wie der Kaufmann, der sein Geschäft liquidiert.

Denn auch diesem fehlt die Absicht, sich aus dem im Liquidationszustande befindlichen Unternehmen eine dauernde Einnahmequelle zu verschaffen. Nichtsdestoweniger aber bleibt er Kaufmann, wie auch Staub a. a. O. anerkennt. Die Absicht der dauernden Einnahmequelle ist zwar ein wesentliches Kriterium für den Begriff „Gewerbe", es ist aber nicht erforderlich, daß sie während der ganzen Dauer der geschäftlichen Tätigkeit vorhanden sein muß. Es muß genügen, wenn die Absicht der dauernden Erwerbsquelle zu der Zeit, in welcher der Gewerbebetrieb begonnen wird, gegeben ist. Werden auf Grund dieser Absicht Geschäfte abgeschlossen, so sind diese, auch wenn inzwischen die Absicht der dauernden Erwerbsquelle fortgefallen ist, gewerblicher Natur. Soll ein Agent, der mit einem Kaufmann einen fünfjährigen Vertrag abgeschlossen hat und nach dieser Zeit sein Gewerbe einzustellen beabsichtigt, die Kaufmannseigenschaft bereits eine gewisse Zeit vor Ablauf des Vertrages verlieren, weil er nicht mehr die Absicht hat, sich aus seiner Tätigkeit einen dauernden Erwerb zu verschaffen! Mithin ist auch die Liquidation ein Teil der gewerblichen Tätigkeit, sie bildet den letzten Abschnitt derselben.[1]) Auf diesem Standpunkte steht auch das H. G. B. in der Bestimmung des § 157, in welchem es heißt, daß erst nach Beendigung der Liquidation die Firma der offenen

[1]) Vgl. Staub a. a. O.

Handelsgesellschaft zu löschen ist. Dasselbe wird man in analoger Anwendung der Bestimmung auch für Einzelkaufleute annehmen müssen.[1])

Nur solange die Firma in das Handelsregister eingetragen ist, besteht in den Fällen der §§ 2 und 3 die Kaufmannseigenschaft. Wird sie, wenn auch zu Unrecht gelöscht, so hört der Inhaber des Geschäftes auf, Kaufmann zu sein. Nach Lehmann-Ring, dem sich Maeder und Finger angeschlossen haben,[2]) führt die ungerechtfertigte Löschung der Firma nicht den Verlust der Kaufmannseigenschaft kraft Eintragung herbei. Lehmann-Ring folgern aus dem Wortlaut des § 2 „wenn die Firma eingetragen worden ist" daß, wenn die Eintragung einmal erfolgt ist, die Kaufmannseigenschaft durch eine ungerechtfertigte Löschung nicht berührt wird und machen ferner geltend, daß auch die Denkschrift[3]) die von ihnen vertretene Ansicht zum Ausdruck bringt. Indessen dürfte ihre Ansicht kaum zutreffend sein; die Eintragung der Firma in das Handelsregister ist eine der vielen Voraussetzungen, die vorhanden sein müssen, damit die Kaufmannseigenschaft zur Entstehung gelangt. Es ist nicht ersichtlich, warum dieses wichtige Erfordernis wegfallen kann, ohne daß hierdurch die Kaufmannseigenschaft tangiert wird, während der Wegfall einer der anderen Voraussetzungen den Verlust der Kaufmannseigenschaft nach sich zieht. Auch aus dem Wortlaut des § 2 ergibt sich nicht die Richtigkeit der von Lehmann-Ring vertretenen Ansicht, da im § 2 nur die Voraussetzungen der Entstehung der Kaufmannseigenschaft angegeben, nicht aber die Gründe für die Beendigung derselben bezeichnet werden sollten.[4])

Auch die Entstehungsgeschichte des § 3 spricht dafür, daß die Löschung der Firma, ob berechtigt oder unberechtigt, die Beendigung der Kaufmannseigenschaft kraft Eintragung bewirkt. In dem ersten Entwurf fand sich noch nicht die Bestimmung, daß, wenn die Eintragung erfolgt ist, die Löschung der Firma nur nach den für die Löschung von Firmen geltenden Bestimmungen

[1]) Anderer Ansicht Simon § 120.

[2]) Vgl. Lehmann-Ring § 1 No. 33, Maeder S. 42 und Finger S. 37, a. M. Staub a. a. O., Schirrmeister Ztschr. f. Handlsr. B. 49 S. 33, Fast S. 76, Hagemann in d. Leipziger Ztschr. f. Handelsr. 1907 S 848

[3]) Vgl. Denkschrift S. 16. Handelsr.

[4]) Vgl. Staub a. a. O.

zulässig sein soll. Man ging also offensichtlich von der Anschauung aus, daß durch Löschen der Firma Verlust der Kaufmannseigenschaft eintritt. Ging nach Ansicht des Gesetzgebers im Falle des § 3 durch das Löschen der Firma die Kaufmannseigenschaft unter, so muß auch im Falle des § 2 angenommen werden, daß die Firmenlöschung den Verlust der Kaufmannseigenschaft herbeiführt, da § 3 Abs. 2 lediglich ein Anwendungsfall des § 2 ist. Auch paßt die gegnerische Ansicht nicht zu dem vom Gesetzgeber für die Bestimmung des Kaufmannsbegriffes angewandten System. Das Gesetz unterscheidet zwischen Kaufleuten kraft Gewerbes § 1 und Kaufleuten kraft Eintragung. (Vergl. § 2 und 3 H. G. B.) der Kaufmann gemäß § 2, dessen Kaufmannseigenschaft bestehen bleiben würde, obwohl die Löschung der Firma erfolgt ist, würde eine Kategorie für sich bilden.

Der nebengewerbliche Betrieb verliert im Falle des § 3 nicht den kaufmännischen Charakter, wenn der Zusammenhang zwischen dem landwirtschaftlichen Unternehmen und dem Nebengewerbe gelöst wird. Der Inhaber des früheren nebengewerblichen Unternehmens ist dann nicht mehr Kaufmann auf Grund des § 3, sondern auf Grund der §§ 1 oder 2.

§ 9.

Scheinkaufleute.

I. Eintragungen in das Handelsregister haben grundsätzlich nur beurkundende Wirkung. Es ergibt sich aus ihnen nicht, daß die im Handelsregister angegebene Rechtslage mit der wirklichen übereinstimmt. Die Durchführung dieses Grundsatzes, der unter der Herrschaft des früheren Rechtes für Firmeneinträge unbeschränkt galt, hätte unter dem neuen Handelsrecht zu schweren Unzuträglichkeiten führen müssen. In den Fällen der §§ 2 und 3, in welchen dem Ermessen des Richters ein erheblicher Spielraum überlassen ist, wäre es nicht zu vermeiden gewesen, daß zuweilen Prozeß- und Registerrichter bei zweifelhafter Sachlage über die Kaufmannseigenschaft des Eingetragenen verschiedener Ansicht gewesen wären. Im Interesse größerer Verkehrssicherheit ist im § 5 H. G. B. mit dem Grundsatz von der lediglich deklaratorischen Wirkung der Firmeneintragung gebrochen. Nach dieser Bestimmung hat die Registrierung der Firma im Handelsregister heilende Wirkung: Derjenige Gewerbetreibende, dessen Firma eingetragen wird, gilt für die Dauer der Eintragung als Kaufmann und zwar auch dann, wenn das von ihm betriebene Gewerbe in Wirklichkeit kein Handelsgewerbe ist. Nur schrittweise hat sich die Überzeugung Bahn gebrochen, daß den Firmeneinträgen eine weitergehende Wirkung, als nach bisherigem Recht zuerkannt werden müßte. Der Kommissionsentwurf[1]) vertrat noch den Standpunkt, daß die Firmeneintragung weder den Prozeß- noch den Strafrichter binden sollte. Der erste Entwurf erkannte wenigstens für die offene Handels- und Kommanditgesellschaft die konstitutive Wirkung der Firmeneintragung an. Den vielfachen, sowohl von juristischer, wie auch von kauf-

[1]) Vgl. S. 12.

männischer Seite geäußerten Wünschen, die eine Ausdehnung der Rechtsvermutung auch für die Einzelkaufleute erstrebten,[1]) hatten Erfolg, in dem zweiten Entwurf wurde die nunmehr Gesetz gewordene Bestimmung des § 5 aufgenommen.

Die Wirkung der heilenden Kraft des Firmeneintrages ist, wie wir gesehen haben, neu, der Rechtsgedanke, auf welchen die Bestimmung des § 5 beruht, uralt. Es ist das Prinzip der Kundbarkeit, daß weit über das Gebiet des Sachenrechts hinaus in allen Teilen des bürgerlichen Rechts seine Wirkung äußert.[2]) Den Einträgen im Handelsregister pflegt das Publikum Vertrauen entgegenzubringen und sich auf ihre Richtigkeit zu verlassen. Sie sind aber auch, weil jeder sich von ihnen Kenntnis verschaffen kann, mit formeller Publizität versehen. Auch für den Handelsverkehr gilt von den Firmeneinträgen, was Mayer[3]) für den Immobilienverkehr von den Grundbucheinträgen sowie auch von dem Besitz sagt: „Und die Kundbarkeit, die Publizität, die äußere Erkennbarkeit ist es, die der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache, wie der Tatsache des Eingetragenseins im Grundbuch ihre Bedeutung für das innere Recht verleiht. Sie geben die Vermutung, geben die Legitimation für das materielle Recht. Weil jederman sie erkennen und kennen kann, soll jederman sie achten als die äußere Erscheinungsform des Rechtes, als die Tatsachen, die den Rechtsschein für sich haben."

Und doch unterscheidet sich die heilende Kraft des Firmeneintrages von der Publizitätswirkung des Besitzes und des Grundbuchs wesentlich. Zwar kann als unterscheidendes Merkmal nicht betrachtet werden, daß der Gesetzgeber im Falle des § 5 die Publizitätswirkung der Eintragung nicht vollkommen durchgeführt hat, da der Mangel der gewerbsmäßigen Absicht durch die Registrierung der Firma nicht gedeckt wird, denn der Gesetzgeber hat auch die Publizität von Besitz und Grundbuch nicht in allen Fällen anerkannt.[4]) Der wesentliche Unterschied zwischen der Publizitätswirkung des Besitzes und des Grundbuchs auf der einen Seite und des Firmeneintrages

---

[1]) Vgl. Lehmann Arch. f. ziv. Praxis B. 86 S. 299, Petri D. J. Z. 1897 S. 16, Dickel S. 40.
[2]) Vgl. Mayer S. 96.
[3]) Vgl. Mayer S. 1 und 2.
[4]) Vgl. Wellspacher S. 12.

auf der anderen Seite besteht darin, daß unter dem Schutze des durch Besitz und Grundbuch erzeugten Rechtsscheines nur der redliche Verkehr steht, während die heilende Kraft des Firmeneintrages dem Verkehr überhaupt, mag er gut- oder schlechtgläubig sein, zu gute kommt. Damit hängt zusammen, daß die Publizitätswirkung des Besitzes und des Grundbuches auf das Veranlassungsprinzip zurückzuführen ist,[1] während die Publizitätswirkung des Firmeneintrages unmittelbar an den Formalakt der Eintragung anknüpft. Sie entsteht auch dann, wenn die Eintragung von dem Eingetragenen nicht veranlaßt worden ist, etwa, weil die Anmeldung durch eine nichtberechtigte Person erfolgte, oder die Eintragung von dem Registerrichter oder Registerführer eigenmächtig vorgenommen worden ist.[2]

Das Publizitätsprinzip des Firmeneintrages im Handelsregister einerseits und des Grundbuchs und Besitzes andererseits haben daher verschiedene Voraussetzungen und verschiedenen Inhalt.[3]

Besteht das Publizitätsprinzip (in seiner positiven Funktion[4]) darin, daß das, was im Register steht, als richtig gilt, so hat das Publizitätsprinzip im § 5 einen ziemlich reinen Ausdruck gefunden.[5]

II. Die Bedeutung des § 5 ist zweifacher Natur, je nach dem die Eintragung berechtigt, oder unberechtigt ist. Im ersteren Falle kann im Prozesse dem an sich unbegründeten Einwande, daß das Unternehmen nicht handelsgewerblicher Natur sei, durch den Hinweis auf die Eintragung entgegen getreten werden, die Eintragung dient also hier der Beweiserleichterung. Die eigentliche Zweckbestimmung des § 5 tritt aber erst dann zu Tage, wenn die Eintragung eine unrechtmäßige ist, indem eine

[1]) Vgl. Mayer S. 95: Der Besitzer einer beweglichen Sache, der sie aus der Hand gegeben hat, der Grundstücksberechtigte, der sein Recht nicht im Grundbuch hat verlautbaren lassen, haben die Veranlassung dazu gegeben, dass der Rechtsschein sich gegen sie wandte, sie müssen daher nach dem Veranlassungsprinzip die Folgen tragen.

[2]) Vgl. Mayer S. 382.

[3]) Mayer will auch nur von einem sogenannten Publizitätsprinzip des Handelsregisters sprechen.

[4]) Mayer S. 344.

[5]) Die Publizitätswirkung des § 5 erinnert auch an den durch das Ausschlussurteil erzeugten Rechtsschein. Auch bei dem Ausschlussurteil beruht die Wirkung auf dem Rechtsschein, der ebenfalls vielfach auch dem Schlechtgläubigen zu gute kommt. Vgl. Jacobi S. 71.

unwiderlegbare Rechtsvermutung dafür besteht, daß das von dem Eingetragenen betriebene Gewerbe kommerziellen Charakter hat.

Schirrmeister[1]) ist der Ansicht, daß der, wenn auch zu Unrecht, als Kaufmann Eingetragene, nicht nur als Kaufmann gilt, sondern auch tatsächlich Kaufmann ist. Er erachtet den Firmeneintrag nicht als die conditio sine qua non, sondern als die causa efficiens, die schon für sich allein, ohne Vorliegen weiterer Erfordernisse das Gewerbe zum Handelsgewerbe mache.

Indessen spricht der Wortlaut des § 5 gegen die Ansicht von Schirrmeister. Aus dem Gesetzestext geht hervor, daß der Gesetzgeber den Gewerbetreibenden des § 5 nicht als Kaufmann ansieht, indem er bestimmt, daß demjenigen, der sich auf die Eintragung beruft, nicht entgegengehalten werden kann, daß das von dem Eingetragenen betriebene Gewerbe in Wirklichkeit gar kein Handelsgewerbe ist. Auch der Umstand, daß der Registerrichter gemäß § 142 F. G. G. den unberechtigten Firmeneintrag zur Löschung bringen kann, beweist, daß die Ansicht von Schirrmeister unzutreffend ist.[2])

Die herrschende Meinung sieht in der Vorschrift des § 5 eine unwiderlegbare Rechtsvermutung. Durch diese wird der Richter, insbesondere der Prozessrichter angewiesen, die Richtigkeit eines bestimmten Sachverhaltes zu unterstellen. Er muß als festgestellt ansehen, daß das eingetragene Gewerbe ein Handelsgewerbe ist und nicht zu den im § 4 bezeichneten Unternehmen gehört.[3])

Staub[4]) sagt, daß in § 5 nicht, wie Düringer-Hachenburg und Lehmann-Ring dies darstellen, die unwiderlegbare Rechtsvermutung, die Fiktion läge, daß der Eingetragene ein Handelsgewerbe betreibe. „Denn das Wesen der Fiktion besteht doch darin, daß der fehlende Tatbestand durch den Gesetzeswillen ersetzt, und nunmehr die Rechtsfrage so behandelt wird, als sei der fehlende Tatbestand wirklich vorhanden.“ Die von Staub gegebene Erklärung des Wesens der Fiktion ist nicht zutreffend. Eine Fiktion liegt vielmehr nur dann vor, wenn der Richter

---

[1]) Vgl. Ztschr. f. Handelsr. B. 49 S. 39, ebenso Pruggmayer S. 122.
[2]) Vgl. Staub S. 177, Makower S. 43, Yelin S. 42, Uth im Recht B. 12 S. 587, Telgmann S. 21.
[3]) Vgl. Uth a. a. O.
[4]) Staub S. 77.

durch das Gesetz angewiesen wird, einen Sachverhalt, von dem es feststeht, daß er in Wirklichkeit nicht gegeben ist, als gegeben zu unterstellen.

Daß § 5 in der Regel, nämlich dann, wenn die Eintragung zu Recht besteht, sich nicht als Fiktion in dem angegebenen Sinne darstellt, ist selbstverständlich und von Lehmann-Ring und Düringer-Hachenburg nicht behauptet; die von Staub gegen sie geführte Polemik ist somit gegenstandslos. Unzutreffend ist aber auch die Ansicht von Staub, daß § 5 deswegen keine unwiderlegliche Vermutung enthalte, weil sonst der zu Unrecht Eingetragene nicht als Kaufmann gelten, sondern Kaufmann sein würde; denn ebenso, wie bei der widerlegbaren, hat es der Gesetzgeber bei der unwiderlegbaren Rechtsvermutung in der Hand, die Rechtsfolge an die Präsumption derart zu knüpfen, daß jene tatsächlich eintritt oder als eingetreten fingiert wird. Für die Frage, ob der eingetragene Gewerbetreibende gemäß § 5 Kaufmannseigenschaft oder nur Kaufmannsgeltung hat, dürfte es also unerheblich sein, ob diese Bestimmung sich als unwiderlegbare Rechtsvermutung darstellt oder nicht. Denn der Gesetzgeber könnte sowohl die Kaufmannseigenschaft, wie auch die Kaufmannsgeltung an die Vermutung des § 5 knüpfen. Daß aber § 5 dem eingetragenen Gewerbetreibenden lediglich Kaufmannsgeltung verschaffen will, ist bereits dargetan.

III. Ist die Eintragung erfolgt, so kann weder von dem Eingetragenen noch von anderen Beteiligten geltend gemacht werden, daß das von dem Eingetragenen betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe ist, z. B., weil das Unternehmen auf den Betrieb der Landwirtschaft gerichtet ist, oder weil es nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen nicht erfordert. § 5 wirkt somit nicht nur zu Gunsten des Eingetragenen, sondern auch zu seinen Ungunsten. Seine Wirkung bleibt auch dann bestehen, wenn beide Teile die Unrichtigkeit der Eintragung kennen. Dies ergibt sich daraus, daß § 5 den guten Glauben nicht erwähnt,[1]) ihn also auch nicht erfordert. Wird jedoch mit der Registrierung der Firma lediglich der dolose Zweck verfolgt, Rechte des Vertragsgegners zu verkümmern, z. B. die Herabsetzung der Vertragstrafe

---

[1]) Vgl. Finger S. 48.

durch den Richter zu verhindern, so wird mit der exceptio doli der Berufung auf die Eintragung entgegengetreten werden können.

Der Gesetzgeber hat die Kaufmannseigenschaft des Eingetragenen nicht vollkommen gegen Einwendungen geschützt. Da § 5 nur dasjenige im Handelsregister eingetragene Unternehmen, welches gewerblicher Natur ist, im Auge hat, können gegen die Kaufmannsgeltung gemäß § 5 alle diejenigen Einwendungen geltend gemacht werden, die sich auf das Nichtvorhandensein eines Gewerbes stützen. Ein Gewerbe ist schon dann nicht gegeben, wenn eins der für diesen Begriff wesentlichen Merkmale fehlt. Gegen die Kaufmannsgeltung kann daher angeführt werden, daß dem Unternehmer die Erwerbsabsicht fehlt, oder daß seine Erwerbstätigkeit dem Publikum gegenüber nicht offenkundig ist. Aber auch der Einwand des mangelnden Gewerbes ist zuweilen ausgeschlossen, so, wenn der Eingetragene seine gewerbliche Tätigkeit eingestellt hat, die von ihm geführte Firma aber nicht im Handelsregister gelöscht worden ist. Denn hat der Eingetragene seinen Gewerbebetrieb aufgegeben, so erlischt seine Firma. Gemäß § 31 Abs. 1 H. G. B. ist er zur Anmeldung des Erlöschens seiner Firma verpflichtet.[1] Die Löschung der Firma ist somit eine einzutragende Tatsache im Sinne des § 15 Abs 1. Der Eingetragene, der seine Firma nicht hat löschen lassen, kann daher die Einstellung seiner gewerblichen Tätigkeit einem dritten nur dann entgegenhalten, wenn sie diesem nachweisbar bekannt ist, § 15 Abs. 1.

Es ergeben sich aber auch umgekehrt aus dem Publizitätsprinzip des § 15 auch Einwendungen gegen die Kaufmannsgeltung des Eingetragenen z. B., wenn die Eintragung nicht ordnungsgemäß veröffentlicht wurde, und der dritte von ihr keine Kenntnis hatte, noch haben mußte.[2]

Finger[3] will gegen die Kaufmannseigenschaft des eingetragenen Gewerbetreibenden auch den Einwand zulassen, daß der Eintragung keine Anmeldung des Berechtigten zu Grunde liegt. Er beruft sich auf eine Entscheidung des R. O. H. G. B. 23, S. 285, in der ausgeführt ist, daß die

---

[1]) Entsch. d. R. G. B. 65 S. 412.
[2]) Vgl. Lehmann Lehrbuch S. 145.
[3]) Vgl. Finger S. 43.

Eintragung nur die Beurkundung einer vor dem Registerrichter abgegebenen Erklärung ist, also die Existenz derselben voraussetzt.

Allein nach dem Wortlaut des § 5 kommt es nicht auf die dem Firmeneintrag zu Grunde liegende Erklärung, sondern auf den Firmeneintrag selbst an. Der Firmeneintrag ist auch nicht identisch mit der Erklärung, so daß die Eintragung etwa, wenn sie mit der Erklärung nicht übereinstimmt, unwirksam wäre. Kennt doch das Gesetz Eintragungen, welchen eine Erklärung des Berechtigten nicht vorhergeht, z. B. § 16 H. G. B. 142 F. G. G.[1])

Nur für die Dauer der Eintragung äußert sich die konstitutive Wirkung derselben. Hieraus folgt aber nicht, daß die Löschung der Firma rückwirkende Kraft hat. Wohlerworbene Rechte können durch die Löschung nicht berührt werden.

IV. Die Denkschrift erklärt[2]): „Die Tragweite des § 5 erstreckt sich nur auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Inhabers der eingetragenen Firmen zu Dritten. Für das Gebiet des öffentlichen Rechts, insbesondere des Strafrechts darf dem äußerlichen Umstande, daß die Eintragung erfolgt ist, maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden."

Der Gesetzgeber hat die Absicht, die Anwendbarkeit des § 5 auf privatrechtliche Verhältnisse zu beschränken, klar zum Ausdruck gebracht. Im § 1 H. G. B. heißt es, daß derjenige, der ein Handelsgewerbe betreibt, im Sinne dieses Gesetzbuches als Kaufmann gilt. Erstreckt sich die Geltung der Kaufmannseigenschaft grundsätzlich nur für den Bereich des H. G. B., so muß umso eher angenommen werden, daß die Kaufmannsgeltung gemäß § 5 grundsätzlich nur für das Handelsrecht ihre Wirkung äußert, da geringere Voraussetzungen eine stärkere Wirkung nicht zur Folge haben können. Auch aus der Fassung des § 5 geht hervor, daß die unwiderlegliche Rechtsvermutung des § 5 prinzipiell auf privatrechtliche Verhältnisse beschränkt ist. Denn, wenn es im Gesetze heißt, daß demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht entgegengehalten werden kann, daß der Gewerbebetrieb nicht kaufmännischer Natur sei, so ist offen-

---

[1]) Ebenso Lehmann-Ring S. 44, Schirrmeister in Zeitschr. f. H. R., B. 49, S. 37, Telgmann S. 21.

[2]) Vgl. Denkschr. S. 17, 18.

bar an privatrechtliche Verhältnisse gedacht, bei welchen sich zwei Personen als Gegner gegenüberstehen. Aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt sich somit, daß auf dem Gebiete des Strafrechts und gegenüber dem Registerrichter die Wirkung des § 5 versagt, da hier die beiden Parteien fehlen, welche § 5 voraussetzt.[1])

Andererseits kann die Kaufmannsgeltung auch für das öffentliche Recht ausnahmsweise von Bedeutung sein. Zwei Fälle sind hier zu unterscheiden.

a) Einmal kann auch der Scheinkaufmann im Sinne solcher Vorschriften des öffentlichen Rechts als Kaufmann gelten, bei welchen der Wortlaut des § 5 dies gestattet. Eine derartige Bestimmung ist z. B. § 17 des H. G. B., nach welcher der Kaufmann unter seiner Firma klagen und verklagt werden kann, da § 17 Fälle voraussetzt, in denen sich zwei Personen als Gegner gegenüberstehen, von denen die eine Partei der anderen durch den Hinweis auf die Eintragung Einwendungen, die sich gegen die Kaufmannseigenschaft des Eingetragenen richten, abschneiden kann. Der Ansicht von Göppert,[2]) daß der Scheinkaufmann nicht unter seiner Firma klagen und verklagt werden kann, erscheint daher unrichtig, zumal es auch nicht angängig erscheint, daß der Prozeßrichter den Scheinkaufmann materiellrechtlich als Vollkaufmann, prozessual als Nichtkaufmann behandelt. Mit Recht bemerkt Schirrmeister,[3]) daß, sobald man der Vorschrift des § 5 nicht auch für das Prozeßrecht absolut bindende Kraft zuerkennen würde, die Vorschrift des § 5 lahmgelegt, und die Rechtsunsicherheit, die doch gerade § 5 im Interesse des Publikums beseitigen will, ohne Not wieder heraufbeschworen werden würde.

Aus den angeführten Gründen gilt auch der Scheinkaufmann im Sinne des § 101 G. V. G. als Kaufmann. Er ist der Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen unterworfen.

b) Von Fällen der vorgenannten Art scharf zu unterscheiden sind solche Fälle, in welchen die Kaufmannsgeltung des im Handelsregister Eingetragenen für öffentlich rechtliche Verhältnisse sich nicht auf § 5 stützt, sondern unmittelbar an die Eintragung im Handelsregister anknüpft.

---

[1]) Vgl. Neukamp Recht 1910 a. a. O.
[2]) Vgl. Zeitschr. f. H. R., B. 47 S. 268.
[3]) Vgl. Zeitschr. für Handelsrecht, B. 40, S. 41, Anm. 39.

Ein Beispiel bietet § 113 G. V. G., nach welcher der als Kaufmann Eingetragene zum Handelsrichter ernannt werden kann. Da die Kaufmannsgeltung des unberechtigt Eingetragenen im Sinne des § 113 a. a. O. sich nicht auf § 5 stützt, so kommt es hier auf die besonderen Voraussetzungen, die im § 5 aufgestellt sind, nicht an. Der im Handelsregister Eingetragene kann daher auch dann zum Handelsrichter ernannt werden, wenn er überhaupt kein Gewerbe betreibt.

§ 10.

Die Staubsche Theorie von der Kaufmannsgeltung kraft Willenserklärung.

Eine eigenartige Theorie hat Staub im Exkurs zum § 5 aufgestellt. Er vertritt den Standpunkt, daß derjenige, der im Verkehr als Kaufmann auftritt, auch als solcher gilt. Er stützt seine Theorie auf die Grundsätze von Treu und Glauben; jeder, der im Rechtsverkehr als Kaufmann auftrete, müsse es sich gefallen lassen, wenn er auch als solcher behandelt werde, §§ 157, 242.

In den §§ 5 und 123 H. G. B. sieht er lediglich Anwendungsfälle des von ihm vertretenen Prinzips der Kaufmannsgeltung kraft Auftretens. Allerdings schränkt Staub am Schluß seiner Ausführungen die Tragweite seiner Theorie ein, indem er bemerkt, daß, weil die Kaufmannsgeltung kraft Auftretens nur Folge einer Parteierklärung sei, diese nicht so weit gehen könne, als die Kaufmannsgeltung kraft unmittelbaren Gesetzeswillens. Er verweist hinsichtlich der Beantwortung der Frage, inwieweit die Kaufmannsgeltung kraft Auftretens vom Recht anerkannt wird, auf die Darstellung der einzelnen Materien. In Wirklichkeit behandelt er aber die von ihm geschaffene Gruppe der Kaufleute kraft Willenserklärung im allgemeinen ebenso, wie die Kaufleute auf Grund unmittelbaren Gesetzeswillens. So will er auf das Verhältnis zwischen Handlungsgehilfen, Handlungslehrlingen,[1] Agenten[2] einerseits, und dem Kaufmann kraft Auftretens andererseits die Vorschriften des H. G. B. zur Anwendung bringen.

Staub hält auch das von dem Kaufmann kraft Auftretens formlos abgegebene Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis und Bürgschaftserklärung[3] für gültig, versagt

---

[1]) Vgl. Staub § 59 Anm. 11.
[2]) Vgl. Staub § 84 Anm. 9.
[3]) Vgl. Staub § 350 Anm. 9.

ihm bei der von ihm übernommenen Bürgschaft die Einrede der Vorausklage und hält die Herabsetzung der Vertragstrafe zu seinen Gunsten für unzulässig.[1])

Nur in wenigen Punkten unterwirft Staub die Kaufleute kraft Auftretens einer anderen rechtlichen Behandlung als die Kaufleute kraft unmittelbarer Gesetzesvorschrift; so hält er § 17 H. G. B. auf die Kaufleute kraft Auftretens nicht für anwendbar.[2])

Die Staubsche Theorie hat im allgemeinen in Literatur und Judikatur keinen Anklang gefunden.[3])

Mit Unrecht beruft sich Staub zur Rechtfertigung seiner Lehre auf die Grundsätze von Treu und Glauben. Es ist zwar richtig, daß zu Gunsten des Gegenkontrahenten des Kaufmannes kraft Auftretens häufig anzunehmen sein wird, daß die von letzterem abgegebenen Erklärungen nach Treu und Glauben so auszulegen sein werden, als wenn sie ein Kaufmann kraft Gesetzes abgegeben hätte.[4])

Auch wird derjenige, der ohne Kaufmann zu sein, als solcher auftritt, in den meisten Fällen schuldhaft handeln und sich schadenersatzpflichtig machen. Hieraus ergibt sich, daß der Kaufmann kraft Auftretens häufig die Verpflichtungen eines Kaufmannes haben wird. Dagegen fehlt es an jedem Rechtsgrund und folgt auch nicht aus dem Prinzip von Treu und Glauben, demjenigen, der sich fälschlich als Kaufmann ausgibt, auch die Rechte desselben zu gewähren.[5])

Die Wirkungen der §§ 5 und 123 treten auch nicht, wie Staub meint, auf Grund einer Willenserklärung ein, sondern folgen unmittelbar aus der Eintragung im Handels-

---

[1]) Vgl. Staub § 348 Anm. 26.

[2]) Vgl. Staub § 17 Anm. 25.

[3]) A. M. wie Staub Ehrenberg in Jherings Jahrb. B. 47, S. 336, Lehmann Lehrb. S. 69, Schirrmeister für Handelsr. B. 49, S. 40, Lührs S. 9, Adami S. 41, Blumenthal a. a. O., Entsch. d. R. G. B. 40, S. 147, Düringer Hachenburg S. 106, derselben Mein. wie Staub O. L. G. Breslau in O. L. G., B. 6, S. 27, Finger S 47 Anm. 1.

[4]) Vgl. Düringer-Hachenburg a. a. O.

Anmerkung: Es kann auch nicht so sehr darauf ankommen, welches Verhalten „der Scheinkaufmann" im Verkehr anschlägt, sondern darauf, ob er sich auch dem Vertragsgegner gegenüber als Kaufmann ausgibt. Denn das Verhalten des Scheinkaufmannes kann jedenfalls nur dann zur Vertrauensgrundlage dienen, wenn er irgendwie dem Vertragsgegner gegenüber den Willen äusserte, als Kaufmann gelten zu wollen. (Vergleiche Jacobi S. 27: „Der Wille des Erklärenden muss sich bei der (korrekten) Willenserklärung auch darauf erstrecken, dass die Erklärung dem Anerklärten zur Grundlage des Vertrauens dienen sollte, d. h. nach § 130 ihm zuging, denn sonst wollte er nicht, dass sein Wort Vertrauensgrundlage würde.")

[5]) Vgl. Schirrmeister a. a. O.

register. Es kann z. B. vorkommen, daß eine Person oder Gesellschaft in Folge eines Versehens des Richters oder einer Fälschung im Handelsregister eingetragen ist. Die Nichterfüllung der Pflicht, die Firma löschen zu lassen, wird fast niemals eine Willenserklärung enthalten. Nichts destoweniger tritt auch in den Fällen, in denen eine Willenserklärung des Beteiligten nicht erfolgt ist, die formale Wirkung der Eintragung ein.[1])

Beruht aber die Wirkung der §§ 5 und 123 nicht auf einer Willenserklärung des Beteiligten, so kann auch nicht die Kaufmannsgeltung, wie Staub will im Wege der Analogie auf andere im Verkehr abgegebene Willenserklärungen geknüpft werden. Außerdem sind aber auch die genannten Bestimmungen Ausnahmevorschriften, die einer analogen Ausdehnung unfähig sind.

Im H. G. B. sind in detaillierter Weise die Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft angegeben. Auch mit Rücksicht hierauf ist nicht anzunehmen, daß jemand, ohne daß diese Voraussetzungen vorliegen, durch eine einfache Willenserklärung Kaufmannsgeltung erlangen kann. Die Kaufmannsgeltung kraft Auftretens widerspricht insbesondere dem § 5 H. G. B. Nach dieser Bestimmung kann gegen die Kaufmannsgeltung des Eingetragenen eingewandt werden, daß von ihm ein Gewerbe nicht betrieben werde. Wäre die Staubsche Theorie richtig, so könnte dieser Einwand nicht erhoben werden. Denn, da nach Staub[2]) vor allem in der Eintragung die Gerierung als Kaufmann liegt, so wäre der im Handelsregister Eingetragene als Kaufmann auch dann zu behandeln, wenn er ein Gewerbe nicht betreibt. Die Staubsche Theorie würde auch dazu führen, daß der Kaufmannsbegriff, der nach den Bestimmungen des H. G. B. scharf umgrenzt ist, unklar und verschwommen werden würde. Es würde häufig nicht nur zweifelhaft sein, wann jemand dem Handels-, wann dem bürgerlichen Recht unterliegt, sondern es würde auch, da Staub nur insoweit das Handelsrecht auf den Kaufmann kraft Auftretens angewandt wissen will, als die einzelnen Bestimmungen desselben für diesen passend erscheinen, bei dem Schweigen des Gesetzgebers häufig unklar sein, inwieweit das Handelsrecht, inwieweit das bürgerliche Recht auf ihn zur Anwendung kommt.

---

[1]) Vgl. Schirrmeister a. a. O.
[2]) Vgl. Staub § 5 Anm. 3.

§ 11.

Die Formkaufleute.

Zu der Gruppe der Kaufleute kraft freiwilliger Eintragung gehören außer den Kaufleuten der §§ 2 und 3 noch eine weitere Unterart, die Gruppe der Formkaufleute. Zu diesen gehören, wie bereits erwähnt,[1] die Aktien-, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Letztere sind zwar keine eigentlichen Kaufleute. Nach § 17 des Genossenschaftsgesetzes vom 20. Mai 1898 gelten sie jedoch insoweit als Kaufleute im Sinne des H. G. B., als das Genossenschaftsgesetz nicht ein Anderes anordnet.

Die angeführten Gesellschaften gelangen zwar, wie die Kaufleute gemäß § 2 und § 3 erst durch die Eintragung zur Entstehung, sie unterscheiden sich aber von den Kaufleuten kraft Eintragung dadurch, daß bei ihnen die Kaufmannseigenschaft nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes beruht, sondern durch ihre gesellschaftliche Organisation, die vorwiegend Handelszwecken dient, bedingt ist. Der kaufmännische Charakter bleibt diesen Gesellschaften auch dann erhalten, wenn die von ihnen verfolgten Zwecke religiöser, wissenschaftlicher oder künstlerischer Natur sind.[2]

---

[1]) Vgl. über die Formkaufleute auch § 1 dieser Abhandl.
[2]) Vgl. Schirrmeister Zeitschr. f. H. R., B. 49, S. 47.

Lebenslauf.

Am 25. Juni 1882 bin ich als Sohn des Kaufmanns Lesser Fink in Pleschen, Provinz Posen geboren.

Ich bin preußischer Staatsangehörigkeit und mosaischer Konfession.

Die Reifeprüfung bestand ich im September 1903 nach privater Vorbereitung als Extraneer in Rawitsch, nachdem ich vorher das Gymnasium zu Gnesen bis zur Obersekunda besucht und hiernach zwei Jahre im Kaufmannsberufe tätig gewesen war.

Ich studierte in Berlin, München, Breslau, hier bestand ich mein Referendar-Examen im März 1907.

Zur Zeit bin ich am Oberlandesgericht zu Posen als Referendar beschäftigt.